This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

FRAWO

B d Dec 1922

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL

L'auteur et les éditeurs déclarent réserver leurs droits de traduction et de reproduction à l'étranger.

Cet ouvrage a été déposé au ministère de l'intérieur (section de la librairie) en juillet 1873.

PARIS. TYPOGRAPHIE DE HENRI PLON, 8, RUE GARANCIÈRE.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL

PAR

ÉDOUARD BONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

QUATRIÈME ÉDITION

REVUE ET MISE AU COURANT DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE

TOME SECOND

PARIS

HENRI PLON, ÉDITEUR
10, RUE GARANCIÈRE

MARESCQ AINÉ, ÉDITEUR
RUE SOUFFLOT, 17

1873

Tous droits réservés

For TX
B7183p
Ed 4

JUN 27 1921

TRAITÉ
DES PREUVES
EN DROIT CIVIL
ET EN DROIT CRIMINEL

LIVRE DEUXIÈME

PREUVES PRÉCONSTITUÉES

(Généralement écrites).

SOMMAIRE. — 451. Utilité des preuves préconstituées. — 452. Distinction de la preuve préconstituée et de la preuve littérale. — 453. Confusion qu'entraînent les divers sens des mots *acte* et *titre*. — 454. Division de la matière : acte authentique, acte privé, registres des marchands. — 455. Preuve littérale au second degré : copies, actes récognitifs.

451. Nous avons reconnu qu'il devient nécessaire, dans un état de civilisation avancée, d'établir à l'avance certaines preuves, faciles à conserver, que l'on puisse retrouver ultérieurement, lorsque le besoin viendra à s'en faire sentir. Sur quelle base reposeraient la foi des contrats et la stabilité des propriétés [1], si, pour constater les droits les plus importants, on n'avait d'autre ressource que les souvenirs des tiers ou les déclarations des parties intéressées? Nous avons déjà vu, en nous occupant de la preuve par témoins, que, plus les rapports sociaux se sont compliqués, plus on a

[1] Nous avons en vue surtout la propriété des immeubles et celle des meubles incorporels; car pour les meubles corporels (C. civ., art. 2279), la force attribuée à la possession rend beaucoup moins utile la production d'un titre.

reconnu l'utilité de preuves qui échappent à ces chances de corruption, d'erreur ou de mortalité qui rendent si dangereux l'emploi de la preuve testimoniale. L'utilité des preuves préconstituées n'est contestée par personne. Un seul point peut donner lieu à controverse. L'usage de ces preuves doit-il rester facultatif, ou bien peut-il être imposé aux parties? Depuis trois siècles, c'est à ce dernier système que s'est attachée la législation française, mue surtout par le désir de prévenir les procès (n° 151). Aujourd'hui que ce système est entré dans nos mœurs [1], il est difficile qu'il puisse donner lieu à des surprises, si ce n'est dans des cas exceptionnels. Mais peut-on mettre en balance le danger de fraudes accidentelles avec l'avantage général d'empêcher une foule de contestations, ou du moins de donner au juge une base fixe de décision, toutes les fois que la chose est possible?

C'est là, du reste, une idée bien ancienne, puisqu'en Égypte, au témoignage de Diodore de Sicile (liv. I, § 79), une loi de Bocchoris voulait que le prêteur exigeât une reconnaissance par écrit de la somme prêtée, et qu'autrement le prétendu débiteur en fût cru sur son serment.

452. La preuve préconstituée se confond d'ordinaire avec la preuve littérale. Cela tient à ce que, de temps immémorial, on a employé l'écriture pour perpétuer le souvenir des événements juridiques, comme de tous les autres faits dont on désire conserver la trace dans un intérêt public ou privé. Mais il peut y avoir preuve préconstituée sans écriture, pourvu que l'on use de signes auxquels on attache une idée bien nette; car la signification que l'on donne aux carac-

[1] Dans la discussion qui eut lieu à l'Assemblée législative, en 1851, sur l'abrogation de l'article 1781 du Code civil (n° 436), quelques objections furent faites contre le système de nos lois sur la preuve testimoniale; mais elles ne paraissent pas avoir fait impression sur la grande majorité des esprits. (*Moniteur* du 10 mai 1851.)

tères écrits n'est, après tout, que l'effet d'une convention, et rien n'empêche dans la nature des choses que nous n'adoptions d'autres signes pour exprimer nos idées. Sans parler des hiéroglyphes, qui paraissent avoir été l'enfance de l'écriture, on sait que les Péruviens employaient, pour constater les faits les plus importants, des *quipos*, cordons de différentes couleurs, qu'ils nouaient de différentes manières. Chaque couleur, chaque nœud avait une valeur particulière. C'était là évidemment une preuve préconstituée. Les *tailles*, qui sont encore consacrées par le Code civil, sont un procédé tout à fait analogue; au fond, l'écriture n'étant que l'expression de nos idées par certains signes, on peut faire rentrer ce procédé dans l'expression générale d'écriture. Mais, à part cette concession faite à d'anciens usages, nos lois exigent l'emploi de l'écriture proprement dite, toutes les fois qu'on veut s'assurer une preuve à l'avance; et en ce sens il est vrai généralement chez nous, comme chez tous les peuples civilisés, que la preuve préconstituée se confond avec la preuve littérale. Il est bien entendu, cependant, que tout écrit ne constitue pas une preuve littérale dans le sens légal de ce mot. Pour avoir cette autorité, il faut qu'il réunisse certains caractères, en l'absence desquels il dégénère en une simple note, qui peut tout au plus devenir une présomption contre celui qui en est l'auteur, mais qui n'a jamais contre lui la force d'une preuve régulière. Il y a alors ce que Bentham appelle une *preuve par écriture casuelle*, au lieu d'une preuve *préconstituée*. C'est ainsi que des lettres missives, si on les suppose produites en justice avec le consentement du tiers à qui elles sont adressées, constituent seulement un élément de conviction, que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour repousser, suivant les circonstances, ainsi que nous le verrons quand nous traiterons spécialement des écrits privés.

453. Il n'y a malheureusement pas, dans notre langue, d'expression spéciale pour désigner les écrits revêtus de certaines formes, qui servent à constater telle ou telle convention, tel ou tel fait. Le mot latin *instrumentum*, qui rendait fort heureusement cette idée, ne se retrouve chez nous que dans le verbe *instrumenter*, relatif aux fonctions des notaires, et dans l'adjectif *instrumentaire*, appliqué aux témoins qui les assistent. Il est vrai que Boileau (sat. x) emploie *instrument* dans le sens du mot latin *instrumentum* :

> Et déjà le notaire a, d'un style énergique,
> Griffonné de ton joug l'*instrument* authentique.

Mais le mot a trop vieilli aujourd'hui dans cette acception, pour qu'il soit possible d'en faire usage. On est donc obligé d'employer avec la loi des expressions qui sont également usitées dans un autre sens. Ainsi, le mot *acte* désigne à la fois ce qui s'est passé, *quod actum est*, et l'écrit rédigé pour constater ce qui s'est passé. Le même mot *titre*[1] désigne à la fois la cause en vertu de laquelle je possède un bien, telle qu'une vente ou une donation, et l'écrit destiné à constater l'existence de cette cause. De là, de fréquentes équivoques. Car en droit, comme en métaphysique, bien des controverses ne roulent que sur des disputes de mots. Ces équivoques n'ont pas lieu seulement dans les écoles, où elles ne sauraient avoir de bien graves conséquences; elles se sont reproduites dans la pratique judiciaire et jusque dans la rédaction des lois.

Un notaire avait dressé l'*acte* qui constatait, en faveur d'une personne interposée, la cession d'une créance, dont il était lui-même le véritable cessionnaire. On provoqua contre

[1] L'expression de *titre* s'applique plus spécialement aux actes authentiques. C'est ainsi que le Code civil intitule les deux premiers paragraphes de la section de la preuve littérale : *Du titre authentique*, et *De l'acte sous seing privé*.

lui l'application de l'article 175 du Code pénal, lequel prononce des peines assez graves contre l'officier public qui s'intéresse dans les *actes*, entreprises, adjudications, dont il aurait, au temps de l'*acte*, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance. Eh bien, les poursuites du ministère public, ainsi que l'a décidé, après une longue procédure, la Cour de cassation, le 18 avril 1817, ne reposaient évidemment que sur une équivoque. L'*acte* dont le notaire avait l'administration, la surveillance, c'était l'acte écrit, l'*instrumentum* : l'*acte* dans lequel il avait pris intérêt, c'était *id quod actum erat*, la cession, dont il n'avait nullement la surveillance, puisque le cédant était lui-même présent pour veiller à ses intérêts. Il y avait, dans l'espèce, deux opérations bien distinctes, quoique simultanées : l'une, la cession elle-même faite au profit du notaire, parfaitement licite, dès que le droit n'était pas litigieux[1]; l'autre, la rédaction de l'acte constatant la cession, rédaction que le notaire intéressé dans la cession n'avait pu faire lui-même sans commettre une nullité. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 8 et 68.) Mais cette nullité de l'acte qui devait faire preuve de la cession, ne pouvait la rendre illicite après coup, ni surtout placer l'officier public sous le coup de dispositions pénales destinées à atteindre des prévarications bien autrement graves qu'une simple contravention disciplinaire. On voit que les poursuites portaient complétement à faux[2].

[1] Eût-il été litigieux, ce qui ne paraît pas avoir été allégué dans l'espèce, il y aurait eu nullité de la cession, si le droit était de la compétence du tribunal dans le ressort duquel le notaire exerçait ses fonctions (C. civ., art. 1597) : mais les poursuites n'auraient pas été pour cela mieux fondées, puisque le Code pénal ne frappe d'aucune peine la cession illicite de créances litigieuses.

[2] L'article 213 du *Code pénal napolitain*, en prononçant des peines analogues contre l'officier public dans la même hypothèse, a fait cesser l'équivoque, par la suppression du mot *acte* : il mentionne spécialement les opérations (*aggiudicazioni*, *appalti o amministrazioni*) dont l'officier avait la direction ou la surveillance.

Nous trouvons dans la loi elle-même cette confusion déplorable entre le fait et la preuve du fait. « Les servitudes « continues et apparentes », dit l'article 690 du Code civil, « s'acquièrent par *titre* ou par la possession de trente ans. » Si par titre il fallait entendre dans cet article le mode d'acquisition de la servitude au fond, la prescription serait un titre tout aussi bien qu'une donation ou une vente, puisque c'est également une manière d'acquérir. En opposant le titre à la prescription, le Code a eu en vue l'acte écrit, qui sert habituellement à constater l'aliénation volontaire de la servitude, par opposition à la possession trentenaire, base de la prescription, qui se prouve par témoins. Mais alors la rédaction est aussi vicieuse qu'inexacte : vicieuse, puisque ce n'est point par le titre, *instrumentum*, que l'on acquiert, mais par le mode de constitution, que prouve ce titre; inexacte, en ce que les actes écrits ne sont pas le seul moyen d'établir l'existence de la servitude, qui peut fort bien être constatée par l'aveu, par le serment, et par la preuve testimoniale même, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs, ou s'il y a commencement de preuve par écrit. (Rej., 16 décembre 1863.) Tout cela vient d'une confusion, fréquente dans la pratique, mais qu'on ne devrait point retrouver dans la loi, entre le mode de constitution, qui sert de *titre*, au fond, à la servitude, et le *titre* écrit, destiné à perpétuer la mémoire de cette constitution [1]. Il en est de même du mot *acte*, qui, dans l'article 778 du même Code, relatif à celui qui prend la qualité d'héritier dans un *acte*, ou qui fait *acte* d'héritier, signifie successivement l'*instrumentum*, et *id quod actum est*. Les sages observations de l'école de Condillac,

[1] C'est en tombant dans la même confusion que certains auteurs exigent un écrit pour établir le *juste titre*, à l'appui de la prescription de dix ou vingt ans, comme si l'on devait entendre par *juste titre* autre chose qu'une juste cause de possession, sauf à prouver par les voies ordinaires l'existence de cette cause.

dont nous répudions d'ailleurs les tendances sensualistes, sur l'utilité d'une langue bien faite dans les sciences, reçoivent ici parfaitement leur application. Malheureusement il ne nous est pas donné de réformer la langue du droit. Nous emploierons donc avec la loi les mots usités, en nous tenant seulement en garde contre les équivoques de la nature de celles que nous venons de signaler.

454. Les preuves préconstituées ne sont que l'expression du témoignage de l'homme, revêtu de certaines formes. Nous avons vu que le témoignage peut émaner de tiers étrangers au litige, du défendeur, ou du demandeur même. La circonstance que le témoignage intervient ici au moment de l'opération légale qu'il atteste, au lieu d'être provoqué après coup, n'empêche pas qu'il n'émane toujours de l'une de ces trois sources. La division de ce livre sera donc la même que celle du livre précédent. Nous trouverons dans l'acte authentique le témoignage préconstitué de tiers désintéressés; dans l'acte sous seing privé, auquel nous rattacherons les tailles, le témoignage préconstitué du défendeur; enfin celui du demandeur même, dans les registres des marchands. La force de ces trois modes de preuves suit une progression décroissante. Le témoignage de tiers, consigné dans un acte authentique, bien loin d'être suspect, comme le témoignage oral proprement dit, est la preuve légale par excellence, à raison de la confiance que provoque le caractère de l'officier public de qui il émane. Vient ensuite l'aveu consigné dans l'acte sous seing privé, qui, entouré de moins de garanties, se place à un degré inférieur. Enfin les déclarations que font les marchands en leur faveur, dans leurs registres, n'ont nécessairement qu'une foi relative et restreinte.

455. Nous nous occuperons en dernier lieu des copies et des actes récognitifs, c'est-à-dire de la preuve littérale au

second degré. Quant aux *actes confirmatifs*, c'est mal à propos que le législateur, entraîné par une ressemblance trompeuse entre ces actes et les actes récognitifs, a traité également des premiers sous la rubrique de la preuve. A la vérité, ces deux sortes d'actes ont cela de commun qu'ils tendent à donner force à un droit antérieur, et c'est en ce sens que les interprètes appellent l'acte récognitif lui-même *confirmatio*. Mais la confirmation qui se trouve dans l'acte récognitif tend seulement à conserver la preuve d'un droit dont la validité n'est pas contestée, tandis que la confirmation proprement dite, celle dont il est question dans les articles 1338[1], 1339 et 1340 du Code civil, tend à valider au fond une opération entachée de nullité. La place naturelle de cet article eût donc été dans la section 7 du chapitre précédent, section qui traite de l'action en nullité ou en rescision, et non dans celle de la preuve littérale. C'est encore le double sens du mot *acte* qui a trompé ici le législateur. L'acte confirmatif dont parle le Code, c'est la confirmation au fond, *id quod actum est*, tandis qu'il ne devrait être question que de l'acte écrit, *instrumentum*, destiné à prouver le droit. Pothier n'est pas tombé dans cette confusion. Les actes récognitifs sont les seuls qu'il rattache à la preuve littérale. Nous suivrons son exemple, et nous nous abstiendrons d'empiéter sur la théorie des nullités et des rescisions, qui est tout à fait étrangère à la matière des preuves.

[1] On peut dire toutefois que le premier alinéa de l'article 1338, qui exige diverses mentions pour la validité de l'acte confirmatif, rentre dans la matière des preuves, en tant que ces mentions sont nécessaires pour prouver un consentement sérieux. Mais c'est là la partie la moins importante du sujet. Les questions délicates, par exemple, l'effet de la confirmation à l'égard des tiers, sont toutes de fond, et dès lors complétement en dehors de notre matière.

PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE

TÉMOIGNAGE DE TIERS. — ACTE AUTHENTIQUE.

SOMMAIRE. — 456. Ce que c'est que l'*authenticité*. — 457. Double base sur laquelle repose la présomption d'authenticité. — 458. Division.

456. La preuve préconstituée qui doit inspirer le plus de confiance, c'est celle qui est l'œuvre d'officiers publics, chargés spécialement de recevoir les déclarations des parties. Les actes rédigés par ces officiers sont nommés *authentiques*, à raison de la présomption de sincérité qui s'y rattache. Le mot authentique, qui, dans son sens le plus large, désigne tout écrit public ou privé dont la véritable origine est bien constatée, comme lorsqu'on se demande si tel livre attribué à tel auteur est bien authentique, reçoit dans notre pratique judiciaire un sens plus restreint. Suivant l'article 1317 du Code civil, « l'acte authentique est celui qui a « été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter « dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités « requises. »

457. L'immense utilité de cette preuve a porté les rédacteurs du Code, préoccupés de la pratique bien plutôt que de la rigueur de la théorie, à la placer en première ligne parmi les preuves consacrées par la loi. Et cependant l'acte authentique est loin de présenter la démonstration directe des faits qu'il tend à établir. La foi qui s'y attache repose sur une double supposition : 1° que le papier produit en justice est bien l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente ; 2° que le témoignage rendu par cet officier dans l'exercice de ses fonctions est sincère. La première supposition se fonde sur la difficulté d'imiter les actes authentiques, entourés de si nombreuses formalités, et sur la plus grande

sévérité du Code pénal (art. 147 et 150), qui punit des travaux forcés à temps le faux en écriture publique, et de la réclusion seulement le faux en écriture privée. La seconde supposition repose sur les garanties que présentent le caractère et la position de l'officier public, et sur la pénalité rigoureuse, les travaux forcés à perpétuité (*ibid.*, art. 145 et 146), qui l'atteint au cas de prévarication. Cette dernière supposition rentre dans les règles ordinaires sur la foi au témoignage. Mais la première n'est qu'une présomption de fait, une probabilité, que les besoins de la pratique ont transformée en présomption légale. Cette foi qui s'attache, non pas seulement à l'acte authentique, mais à l'apparence même de cet acte, *acta probant se ipsa*, suivant l'expression de Dumoulin, est le caractère le plus saillant qui le distingue de l'acte sous seing privé, lequel n'a de force qu'autant qu'il est reconnu ou dûment vérifié.

458. L'authenticité se retrouve dans tous les actes qui émanent de l'autorité publique, dans les lois, dans les actes administratifs. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'authenticité des actes juridiques, soit au civil, soit au criminel.

Nous allons examiner quelles sont les formes et quelle est l'autorité des actes authentiques, d'abord au civil, puis au criminel. Nous traiterons ensuite de la procédure au moyen de laquelle on fait tomber la foi qui s'attache à l'authenticité, c'est-à-dire de l'inscription de faux.

PREMIÈRE SECTION.

ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 459. Type de l'acte authentique, acte notarié.

459. Les actes authentiques par excellence, ceux auxquels se réfèrent surtout les dispositions du Code civil, ce sont les actes notariés, dont nous nous occuperons en pre-

mier lieu. Les développements que nous donnerons sur ces actes nous dispenseront d'entrer dans des détails peu intéressants sur les actes authentiques reçus par d'autres officiers publics, actes qui sont régis au fond par les mêmes principes. Mais nous examinerons à part les questions délicates que soulève la foi des actes de l'état civil.

PREMIÈRE DIVISION.

ACTES NOTARIÉS.

SOMMAIRE. — 460. Caractère spécial du notariat français. — 461. Tabellions à Rome, insinuation. — 462. *Tabellions* et *notaires* dans notre ancien droit. — 463. Constitution actuelle du notariat. — 464. Pays où le notariat a moins d'importance qu'en France. — 465. Pays où le recours à un officier public est plus fréquemment exigé. — 466. Division.

460. L'institution d'officiers spéciaux ayant caractère pour donner l'authenticité aux actes qui constatent les conventions des parties est tellement enracinée dans nos mœurs judiciaires, qu'elle nous semble devoir exister chez tous les peuples civilisés. « Periret omnis judiciorum vis », dit Chassanée (*Catal. gloriæ mundi*, liv. IV, consid. 19), « nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa « veritas et fides in contractibus et commerciis. » Et cependant le notariat, tel qu'il est constitué chez nous, n'existait pas à Rome, et aujourd'hui encore nous ne le retrouvons pas en Angleterre et en Autriche [1].

Cette foi exorbitante donnée aux actes notariés, qui ne permet de les faire tomber que par la voie coûteuse et périlleuse de l'inscription de faux, produit souvent des résultats iniques dans la pratique. Ainsi nous voyons la Cour d'Amiens (28 avril 1859) reconnaître qu'en faisant une vente en qualité d'héritier, par acte authentique, le contractant

[1] En Prusse, conformément au droit commun allemand, les actes reçus par les notaires ou par d'autres officiers n'ont pas la même force que nos actes notariés; ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Il n'y a de véritables actes authentiques que ceux qui sont reçus par les membres des tribunaux. (Fœlix, *Droit international privé*, 3e éd., no 228.)

n'avait eu nullement l'intention d'accepter une succession onéreuse, et décider néanmoins que, par la force de l'acte, la qualité d'héritier lui avait été imprimée jusqu'à inscription de faux.

461. Il y avait bien à Rome des tabellions qui, établis au *forum*, rédigeaient, sur la demande des parties, des écrits constatant leurs conventions. Mais ces écrits, même dans le dernier état du droit, lorsque l'écriture avait acquis une grande importance, n'avaient point l'autorité qui s'attache à nos actes notariés. Il fallait que le tabellion vînt lui-même reconnaître l'écriture et en affirmer avec serment la sincérité; s'il était mort, on appelait les témoins qui avaient assisté à l'acte, et on procédait à une vérification d'écriture. (Voy. Nov. 44, et Nov. 73, ch. VII.) On voit que les actes des tabellions, *scripturæ forenses*, n'offraient aux parties qu'une garantie extrêmement imparfaite. Ce n'était, en définitive, que la preuve testimoniale appliquée à la confection de l'acte, dont le tabellion et les témoins venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait. Quant aux *notarii*, ce n'étaient pas des officiers ayant mission de recevoir les conventions des parties, c'étaient de simples scribes, ordinairement des esclaves publics, qui écrivaient en abréviation (*notis*, d'où est venu leur nom) des actes de toute nature. Il y en avait d'attachés aux tabellions, comme aux magistrats. Ils rédigeaient le brouillon, que le tabellion mettait ensuite au net, *in mundum*. (Voy. Just., L. 17, Cod., *De fid. instrum.*) C'est de ces *notarii* que parle Paul dans la loi 40, pr., D., *De test. mil.* : « Lucius Ti-« tius miles testamentum scribendum notis dictavit, et « antequam litteris præscriberetur, vita defunctus est. » Cet emploi n'avait pas plus d'importance que n'en a aujourd'hui celui de sténographe.

Dans le dernier état de la législation romaine, on ima-

gina un moyen de suppléer à l'authenticité, que les tabellions n'avaient pas mission de conférer. Ce fut l'*insinuation*, qui consistait à déposer, entre les mains du *magister census*, à Rome et à Constantinople, des magistrats municipaux dans les provinces, les *instrumenta* dont on voulait mettre la sincérité à l'abri de toute contestation. Ce dépôt que faisaient de l'écrit original les parties intéressées dispensait de toute vérification ultérieure. Il ne fallait alors ni tabellion ni témoins; l'intervention de l'autorité publique assurait à elle seule la foi de l'acte qui lui était confié. « Superfluum « est », dit Zénon (L. 31, Cod., *De donat.*), « privatum tes- « timonium, quum publica monumenta sufficiant. » L'utilité de ces *scripturæ publicæ*[1] se fit si bien sentir dans les derniers temps, que Justinien ordonna la création d'archives dans toutes les villes où il n'en existait pas encore. (Nov. 15, ch. v, § 2.)

462. Au moyen âge, on distinguait aussi, dans le même sens qu'au Bas-Empire (voy. Mabillon, *De re diplom.*, liv. III, ch. iv), les *notitiæ privatæ* et les *notitiæ publicæ*. Les écritures privées étaient celles qui étaient dressées en présence de témoins, ou même du tabellion, qui chez nous, dans l'origine, n'était, comme à Rome, qu'un témoin jouissant d'un peu plus de crédit. On trouve peu d'actes rédigés devant un tabellion avant le onzième siècle. Les écritures publiques étaient, soit des actes privés insinués aux archives, comme dans le Bas-Empire, soit des actes rédigés en présence du juge ou de l'évêque.

[1] Justinien (L. 20, Cod., *De fid. instr.*) appelle aussi *publice confecta* les actes des tabellions. Mais il prend alors le mot *publice* dans un sens matériel, pour désigner les rédactions faites au *forum*. Ce mot, dans son sens technique, veut dire au nom de l'autorité publique. C'est ainsi que certains jurisconsultes avaient le droit de répondre *publice* (§ 8, Inst., *De jur. nat. gent. et civ.*), c'est-à-dire officiellement. Les actes insinués sont les seuls qui soient *publics* en ce dernier sens.

Ce fut de cette dernière institution que tira son origine le caractère tout particulier qu'a revêtu le notariat dans les temps modernes. Au moyen âge, lorsque les transactions sociales n'étaient pas compliquées, les mêmes *notarii*, qui minutaient les actes des fonctionnaires laïques ou ecclésiastiques, prirent l'habitude de rédiger également les conventions des parties : ce qui n'était d'abord que l'exercice même de leur office, puisque le dignitaire, auquel ils étaient attachés, recevait des actes de juridiction gracieuse, mais ce qu'ils firent ensuite, même hors de la présence de ce fonctionnaire[1]. « Nous avons pris l'habitude », dit Loyseau (*Offices*, liv. II, ch. v, § 50 et suiv.), « d'expédier nos con-« trats hors de la présence du juge ; mais quoi qu'il en soit, « c'est toujours le juge qui parle en iceux, et y est intitulé, « ainsi qu'aux sentences, et en plusieurs provinces, le style « des contrats porte : *que les parties sont comparues devant « le notaire comme en droit ou en jugement*, et encore en quel-« ques lieux il porte : *qu'elles sont jugées et condamnées de leur « consentement, à entretenir tout ce qui est contenu au contrat :* « qui est aussi la cause pourquoi les contrats en France ont « exécution parée, ainsi que les sentences... Aussi j'ai re-« marqué soigneusement qu'en toutes les anciennes ordon-« nances jusqu'à celles de Louis XII, les greffiers sont « appelés communément *notaires*[2], aussi bien que les tabel-« lions. » L'autorité quasi judiciaire des actes authentiques (voy. aussi sur ce point Pothier, *Traité de la procédure civile*, part. IV, ch. II, sect. 2, art. 1) s'explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n'était, dans l'origine,

[1] Aujourd'hui encore, en Espagne, les *escrivanos* sont à la fois notaires des parties et greffiers des tribunaux ; en Russie, c'est un greffier qui rédige les actes relatifs aux immeubles. (Fœlix, *loc. cit.*)

[2] Des ordonnances de 1304 et de 1315 parlent, en effet, de *notaires* établis par le roi, portant les arrêts sur leurs protocoles et en délivrant des expéditions aux parties.

qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la juridiction gracieuse. On retrouve, même sous Louis XIV, des traces bien marquées de cette origine. Ainsi un édit de mars 1673 créa des charges de *conseillers de Sa Majesté, greffiers des conventions*, charges qui, par un second édit du mois d'août de la même année, furent réunies à celles des notaires du Châtelet.

Tandis que les scribes des tribunaux se transformaient peu à peu en notaires, les anciens tabellions subsistaient toujours. Mais le notariat proprement dit se rattachait à la justice royale, depuis que Philippe le Long avait déclaré, par une ordonnance de 1319, que les sceaux et écritures (*scribatus*) étaient de son propre domaine. Le tabellionage, au contraire, était devenu une institution municipale. C'est ce qui apparaît bien clairement dans les *raisons et articles* envoyés en 1470 par les échevins de la commune de Saint-Dizier à ceux de la ville d'Ypres. (Voy. ce curieux document dans le second volume des *Olim* de M. Beugnot, p. 718.) Ces échevins se plaignent (art. 290) qu'on ne les laisse pas *jouir et user paisiblement du tabellionaige*, beaucoup de bourgeois prenant l'habitude de *faire passer leurs lettres par-devant deux notaires royaux*. Ainsi, le tabellionage était l'institution locale, et le notariat l'institution centrale, qui finit par absorber l'autre.

Il arriva, du reste, que le tabellionage se dédoubla lui-même, si on peut s'exprimer ainsi, et donna lieu à la création d'officiers qui prirent également le titre de *notaires*. Lorsque les affaires se multiplièrent, chaque tabellion un peu accrédité eut besoin d'employer des clercs, qui rédigeaient la première note ou minute des actes, que leur patron mettait ensuite au net, et dont il délivrait des expéditions. « Finalement », dit Loyseau (même ch. v, § 64 et suiv.), « et comme il arrive en toutes conditions, que

« ceux qui font la besogne s'accroissent et s'augmentent « toujours, même supplantent enfin leurs maîtres qui sont « négligents, ces clercs, qui avaient vécu sous leurs maîtres « comme domestiques, voyant que leurs charges méri- « taient bien d'être continuées, après qu'ils étaient mariés « et séparés de demeure d'avec leurs maîtres, se faisaient « par eux commettre et substituer, tant en présence qu'ab- « sence. » Ces clercs des tabellions obtinrent donc le droit de rédiger seuls la minute, avec le titre de notaires, le privilége de grossoyer l'acte étant réservé aux tabellions. Un édit de François Ier, en 1542, qui établit des notaires là où il n'y avait que des tabellions, et réciproquement, sanctionna cet état de choses, en défendant respectivement aux notaires d'empiéter sur la grosse, et aux tabellions d'empiéter sur la minute. Toutefois les notaires du Châtelet de Paris (décl. du 6 juillet 1543), qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume, continuèrent à exercer dans toute sa plénitude la juridiction volontaire, qui leur avait été déléguée de temps immémorial.

L'intérêt d'une bonne discipline et d'une sage répartition des pouvoirs fit cesser, sous Henri II, la confusion qui s'était perpétuée jusqu'alors entre les fonctions de greffier et celles de notaire. Un édit du 4 octobre 1554, renouvelant des règlements antérieurs mal exécutés, défendit aux juges, lieutenants et greffiers, de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire [1]. Au contraire, il ne pouvait y avoir qu'avantage et économie à réunir les fonctions de notaire et celles de tabellion : réunion qui fut en effet opérée par Henri IV en 1597. Le notariat, nom qui prévalut, excepté dans certaines localités rurales, devint alors, comme la plupart des

[1] Il a été jugé, en conséquence, qu'un acte de transaction, reçu en 1633 par deux *majeurs* ou maires, n'avait point le caractère authentique. (Rej., 27 janvier 1825.)

autres charges publiques, un office vénal et héréditaire.

463. La loi du 16 octobre 1791 supprima la vénalité et l'hérédité, et ordonna que les places de notaire fussent données au concours. Il est douteux que ce mode de nomination, si précieux à tant d'autres égards, fût convenable pour des emplois de cette nature [1]. Mais la loi du 25 ventôse an XI, qui nous régit aujourd'hui, est tombée dans l'excès contraire, en n'exigeant plus que des conditions d'aptitude toutes pratiques, c'est-à-dire un certain nombre d'années de stage chez un notaire (art. 37 et 38), sans requérir la justification d'aucunes connaissances théoriques. Cette latitude dans le choix des candidats, qui pouvait se concevoir en l'an XI, lorsque les écoles de droit n'étaient pas encore réorganisées, est devenue une anomalie, aujourd'hui que l'étude de la science du droit est si florissante et si répandue. La justification d'un diplôme serait d'autant plus utile, que la loi du 28 avril 1816 (art. 91) a rétabli indirectement la vénalité pour les offices de notaire, comme pour plusieurs autres : ce qui, en l'absence de toute condition sérieuse de capacité, transforme souvent en pure spéculation l'acquisition de ces offices. Les vices de la loi ont produit les résultats auxquels on devait s'attendre, et les désordres du notariat n'ont que trop fait sentir l'utilité d'une réforme. Une ordonnance du 4 janvier 1843 a fait un pas dans cette voie, en fortifiant l'action disciplinaire, et en interdisant aux notaires les spéculations qui ont donné lieu à tant de scandales. Mais, lors de la crise de 1848, de nouveaux désastres sont venus affliger le notariat : pour

[1] Il a été cependant établi à Naples par l'article 55 de la loi sur le notariat. Aujourd'hui le notariat, en Italie, est en voie de réorganisation sur des bases uniformes. (Voyez sur le notariat dans les divers pays, le *Bulletin de la Société de législation comparée*, nos de février et de mai 1870.)

que la réforme soit complète et efficace, il faut une loi qui augmente les garanties sous le rapport de la capacité.

464. Si l'institution du notariat, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'est pas bien ancienne, elle n'est pas non plus universelle en Europe. En Angleterre, les notaires, chargés surtout de la rédaction des contrats d'assurance et des protêts, ne donnent l'authenticité aux actes qu'en tant qu'il s'agit de les employer à l'étranger. A l'intérieur, tous les actes doivent être vérifiés en justice par témoins ou par comparaison d'écritures. L'attestation du notaire n'a pas plus de force que n'en avait celle du tabellion dans les premiers temps : ce sont toujours des actes sous seing privé. Mais on prend habituellement pour rédiger ces actes, soumis en Angleterre à des formes très-compliquées, des hommes de loi proprement dits, les *attorneys*, qui sont en même temps procureurs : cumul de fonctions qui n'est pas sans danger pour les parties, puisqu'on donne la mission de prévenir les procès aux mêmes officiers qui sont chargés de les diriger. L'absence d'actes authentiques notariés fait d'ailleurs recourir à des moyens analogues à ceux qu'on employait à Rome et au moyen âge. « La sûreté de la possession que l'on tient « d'un acte public », dit Blackstone (liv. II, ch. XXI), « ne « dépend pas seulement de l'acte même, ni du consente- « ment des parties contractantes, mais encore de la sanc- « tion d'une cour de justice, dans les registres de laquelle « l'acte est consigné. » Des actes de cette nature sont reçus par le parlement, et enregistrés sous le nom d'*actes privés*, par opposition à ceux qui ont un caractère politique. L'organisation judiciaire de l'Angleterre présente, sous ce rapport, la plus grande analogie avec celle qui existait au Bas-Empire. Le système anglais est en vigueur dans l'Amérique du Nord. En Danemark également, l'authenticité est incon-

nue, toute convention se prouve par le témoignage de deux personnes.

465. Certains pays, au contraire, ont enchéri sur la législation française, et attaché plus de prix encore à l'authenticité. Ainsi tandis que chez nous, la rédaction notariée est, en général, purement facultative, en Prusse (voy. Code prussien, part. I, tit. X, art. 6) et dans le canton de Vaud (Code du canton de Vaud, art. 1113), il faut un acte authentique pour la transmission de la propriété immobilière. La législation qui a été le plus avant dans cette voie est le Code italien (art. 1314), qui exige la rédaction par acte public pour toutes les conventions de quelque importance, y compris les baux au-dessus de neuf ans. Peut-être cette exigence n'a-t-elle aucun inconvénient eu égard aux habitudes de la population italienne. Mais, chez nous, les parties s'adressent volontairement au notaire dans toutes les occasions graves, et les actes sous seing privé n'interviennent généralement que pour affaires d'un intérêt modique, et entre personnes capables d'exprimer leur volonté sans avoir recours au style, souvent encore aujourd'hui trop prolixe, du notariat. Il n'y a donc pas lieu à innover en ce sens, pas plus que dans celui de la loi anglaise. (Voyez le n° de mai 1870, déjà cité, du *Bulletin de la Société de législation comparée.*)

Au surplus, les principes de la législation française sur le notariat ont été adoptés dans plusieurs États, notamment en Belgique et dans les Pays-Bas, où une loi spéciale a été rendue sur ce point le 9 juillet 1842, en Bavière, et tout récemment en Autriche.

466. Nous allons présenter une analyse succincte des principales formes auxquelles sont soumis les actes notariés ; puis nous nous demanderons quelle est la foi de ces actes, et, en général, des actes authentiques.

PREMIER POINT.

Forme des actes notariés.

SOMMAIRE. — 467. Distinction des solennités intrinsèques et extrinsèques. — 468. Division.

467. Notre intention n'est point de parcourir ici en détail les nombreuses formalités prescrites aux notaires par la loi du 25 ventôse an XI. Nous laisserons de côté les prescriptions réglementaires, dont l'inobservation donne lieu à des peines disciplinaires contre le contrevenant, pour nous attacher aux dispositions substantielles.

Les solennités qui doivent se trouver dans l'acte notarié, pour qu'il puisse produire tous les effets dont il est susceptible, sont de deux sortes : les unes sont intrinsèques, nécessaires pour la foi de l'acte, *solemnia probantia ;* les autres sont extrinsèques, nécessaires seulement pour l'exécution, *solemnia completoria.* On sent combien il importe de distinguer ces deux natures de solennités ; autre chose est, en effet, l'absence de foi d'un acte, autre chose est l'absence de force exécutoire. Or, les *solennités requises* (C. civ., art. 1317) pour que l'acte, reçu par un notaire ou par tout autre officier, fasse foi en justice, sont seulement celles de la première espèce ; car il y a des actes qui ne sont pas destinés à être exécutés, et qui n'en sont pas moins authentiques, bien que revêtus seulement des formes intrinsèques, les certificats de vie, par exemple.

C'est faute d'avoir fait cette distinction fondamentale que certains auteurs ont dénié l'authenticité au procès-verbal de conciliation dressé par le juge de paix. L'article 54 du Code de procédure dit bien, il est vrai, que les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont *force d'obligation privée ;* mais, si on recherche le but que s'est proposé le législateur en ajoutant cette restriction, on reconnaît aisément qu'il n'a pas voulu refuser au procès-verbal du juge de paix

la foi qui s'attache aux déclarations dûment reçues par un fonctionnaire public, mais seulement empêcher qu'il ne fût rendu exécutoire : ce qui eût porté atteinte aux prérogatives des notaires [1]. Aussi admet-on généralement aujourd'hui que ce procès-verbal constitue une véritable preuve authentique, mais que seulement il n'est pas susceptible d'exécution forcée ; ce qu'on a voulu dire en employant ces expressions vagues et inexactes : *force d'obligation privée* [2].

Cette force exécutoire, que nous sommes habitués à rattacher en quelque sorte à l'authenticité, comme en étant le corollaire obligé, est loin d'être attribuée partout aux actes notariés (Fœlix, n° 474) ; elle ne se retrouve que dans les pays qui ont reproduit le système de la législation française, tels que la Belgique, la Prusse rhénane, le canton de Genève, le royaume de Grèce. Dans les pays qui n'attachent pas la même importance au notariat (n° 464), tels que l'Angleterre et la plupart des pays allemands, les actes notariés ne sont point exécutoires par eux-mêmes. Seulement, dans la pratique de ces pays, et notamment en Saxe, en Danemark, on s'adresse aux tribunaux, qui rendent exécutoires d'une manière plus expéditive les conventions constatées par des actes publics. C'est ce que l'on appelle procès d'exécution (*executive process*).

468. Nous allons examiner d'abord quelles sont les conditions en l'absence desquelles un acte notarié est nul, du moins comme acte notarié ; puis nous nous demanderons ce qui arrive quand l'acte est annulé à défaut de quelqu'une de ces conditions ; enfin nous parlerons des formalités purement extrinsèques.

[1] Si nous reproduisons ce motif, c'est sans entendre aucunement l'approuver. Loin de nous la pensée que les lois doivent être faites pour les officiers publics, et non les officiers publics pour les lois.

[2] Le Code de procédure italien de 1866 (art. 7) attribue au procès-verbal dressé par le conciliateur force exécutoire, mais seulement si la valeur ne dépasse pas trente livres.

§ 1. CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ INTRINSÈQUE DES ACTES NOTARIÉS.

SOMMAIRE. — 469. Conditions essentielles pour cette validité. — 470. Cas où la qualité de notaire manquerait totalement. — 471. Cas où un incapable aurait été institué. — 472. Cas où le notaire aurait cessé ses fonctions. — 473. Limites du ressort où le notaire peut instrumenter. — 474. Personnes à l'égard desquelles son ministère est interdit. — 475. Solennités requises. — 476. Assistance du second notaire ou des témoins ; loi du 21 juin 1843. — 477. Quels notaires peuvent concourir à l'acte. — 478. Nécessité que les témoins soient citoyens français. — 479. Capacité putative des témoins. — 480. Nécessité de savoir signer. — 481. Domicile. — 482. Parenté ou alliance. — 483. Date. — 484. Mention des parties et des témoins. — 485. Signature des parties, des témoins et du notaire. — 486. Nécessité de garder minute. — 487. Surcharges, additions et ratures. — 488. Emploi de la langue française.

469. En tête de toutes les conditions exigées pour la validité de l'acte, se trouve la capacité légale de l'officier qui le rédige. « L'acte authentique », dit l'article 1317 du Code civil, « est celui qui a été reçu par officiers publics, « ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été « rédigé. » Il faut donc, pour avoir qualité, afin de constater les conventions des parties : 1° être notaire ; 2° instrumenter dans les limites du ressort déterminé par la loi.

470. La qualité de notaire peut manquer au rédacteur de l'acte dans diverses hypothèses.

Écartons tout d'abord le cas le plus grave, mais le plus difficile à supposer dans la pratique, celui où un homme complétement étranger au notariat en aurait usurpé les fonctions. Alors l'erreur des parties, qui auraient pris pour notaire, sur sa simple déclaration, celui qui n'avait pas même de caractère officiel apparent, serait tellement grossière, qu'elle ne mériterait aucune indulgence.

Ce qui est moins extraordinaire, et ce qui s'est présenté, en effet, dans la pratique, c'est que les parties accordent leur confiance à un officier qui n'aurait pas été dûment institué. C'est ainsi qu'avant l'organisation régulière du notariat en Algérie, un notaire avait été institué à Bone par un sous-intendant militaire, qui ne l'avait pas même astreint à la prestation de serment. Un jugement du tribunal supérieur

d'Alger, qui avait déclaré valables les actes de cet officier, a été cassé le 9 mai 1842 : « Attendu que si la nécessité « de prévenir les désordres dans les premiers moments de « l'occupation d'un pays conquis, peut autoriser les agents « militaires à prendre les mesures de police et de sûreté « que la gravité et l'urgence des circonstances peuvent rendre « indispensables, leur autorité ne peut s'étendre jusqu'à « créer, sans délégation, des officiers publics dont le carac- « tère propre est de revêtir de l'authenticité les conventions « des parties, et de donner aux actes qu'ils reçoivent la force « de l'exécution parée [1] ; que, d'ailleurs, aucun événement, « quelque extraordinaire qu'il puisse être, ne saurait auto- « riser un notaire à entrer en fonctions, sans avoir prêté « le serment prescrit par la loi. » Il est à croire que, s'il y avait eu prestation de serment, la Cour de cassation eût été moins sévère.

471. Ce qui arrivera plus souvent, c'est une nomination en bonne forme, mais accordée à une personne incapable, privée, par exemple, de la qualité de Français. C'est ainsi qu'à Rome, un esclave avait réussi à se faire nommer préteur, ce qui donna lieu à cette décision d'Ulpien, si souvent citée (L. 3, D., *De off. præt.*) : « Barbarius Philippus, quum « servus fugitivus esset, Romæ præturam petiit, et prætor « designatus est : sed nihil ei servitutem obstitisse, ait « Pomponius, quasi prætor non fuerit. Atquin verum est, « prætura eum functum, et tamen videamus si servus, « quamdiu latuit, dignitate prætoria functus sit, quid dice- « mus? quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? « An fore, propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt, « vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto, nihil eorum « reprobari. Hoc enim humanius est, quum etiam potuit

[1] On voit que la Cour de cassation unit volontiers les deux idées d'authenticité et de force exécutoire. (N° 467.)

« populus romanus servo decernere hanc potestatem ; sed « et si scisset servum esse, liberum effecisset : quod jus « multo magis in imperatore observandum est. »

Faut-il admettre cette décision, généralement reçue dans notre ancienne jurisprudence, ou dire, au contraire, que nous sommes dans le cas de l'*incapacité* prévue par l'article 1318, et que l'acte peut tout au plus valoir comme acte sous seing privé ? On ne peut nier que la même nécessité pratique, qui a dicté à Rome la loi *Barbarius Philippus*, n'existe encore aujourd'hui. Ceux qui traitent avec un officier public ne peuvent faire une enquête sur son âge, sur ses antécédents, etc. ; ils doivent s'en rapporter à l'autorité, qui lui a donné l'investiture de ses fonctions. A ne s'attacher qu'au Code civil, quelque doute pourrait s'élever, l'article 1318, qui n'accorde qu'un effet restreint à l'acte, parlant de l'*incapacité* en général. Mais, si nous nous reportons à la loi du 25 ventôse an XI, qui est le siége de la matière, et à laquelle il est peu vraisemblable qu'on ait voulu déroger, nous y voyons que l'article 68, qui énumère expressément les dispositions dont l'inobservation emporte nullité, ne vise ni l'article 35, relatif aux conditions de capacité exigées, ni l'article 7, relatif à l'incompatibilité des fonctions de notaire avec certaines autres fonctions. C'est à l'administration qu'il convient de s'adresser alors, afin d'obtenir le retrait de la commission (L. de vent., art. 45 et 46) délivrée au mépris de la loi ; mais, tant que cette commission n'est pas retirée, foi est due au titre apparent. Jusque-là, il faut dire avec Tacite (*Annal.*, liv. VI, § 8) : « *Non* « *est nostrum æstimare quem supra cæteros, et quibus de causis* « *extollas. Tibi summum rerum judicium Dii dedere ; nobis obse-* « *quii gloria relicta est.* » C'est ainsi que tous les publicistes enseignent que les actes et jugements, passés sous l'empire de l'autorité la plus illégitime, doivent être maintenus ; et

nous croyons, toujours en vertu de la même théorie, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de se refuser à l'exécution d'une loi [1], sous prétexte de son inconstitutionnalité (Cass., 11 mai 1833); autrement, le pouvoir judiciaire absorberait tous les autres [2].

472. L'incapacité à laquelle fait allusion l'article 1318, la seule de nature à vicier l'acte, c'est celle dont les parties ont pu être informées, celle qui résulte, non d'un vice latent, mais d'une déclaration officielle de l'autorité. En effet, l'article 52 de la loi sur le notariat, auquel cette fois se réfère expressément l'article 68, relatif aux nullités, est ainsi conçu : « Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, « devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite

[1] Nous supposons une loi votée en la forme régulière par les pouvoirs compétents. La question est bien plus délicate, lorsqu'il y a eu usurpation du pouvoir législatif, et que l'acte irrégulier a été inséré au *Bulletin des lois* sans réclamation, ainsi que cela est arrivé pour un assez grand nombre de décrets impériaux. Même dans cette hypothèse, la Cour de cassation n'a pu admettre que l'acte inconstitutionnel fût nul *ipso facto*, et n'en a repoussé l'autorité, là où il s'agissait d'appliquer la peine de mort (Voy. le sénatus-c. du 3 avril 1814), qu'en se fondant sur l'incompatibilité du décret du 1er mai 1812 avec les principes consacrés par la charte. (Cass., 21 mai 1847.)

[2] On admet cependant aux États-Unis que le pouvoir judiciaire peut refuser d'appliquer une loi qu'il estime inconstitutionnelle. M. Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, tom. I, ch. VI) explique cette attribution si importante de la magistrature américaine par cette considération que, la révision des constitutions étant admise en Amérique, s'il y a conflit entre la constitution et la loi, il est toujours possible de reviser la constitution. Mais nous ne voyons pas qu'en France, sous les diverses constitutions qui ont autorisé la révision du pacte fondamental (const. de 1791, de 1793, de l'an III, de 1848 et de 1852), on ait permis aux tribunaux de statuer sur la constitutionnalité des lois. Il faut donc expliquer la législation américaine par un motif plus grave, le besoin de tempérer, à l'aide de cette intervention de la magistrature, l'omnipotence de la démocratie, de même qu'autrefois, chez nous, le refus d'enregistrement des ordonnances de la part des parlements était un moyen irrégulier, mais souvent efficace, de tempérer l'omnipotence de la royauté. (Voyez sur ce point l'intéressant chapitre des commentaires de M. Story sur la constitution des États-Unis iv. III, chap. IV : *Who is final judge or interpreter in constitutional controversies ?*) C'est dans le même esprit que, lors de récentes discussions (1873), on a proposé à notre Assemblée nationale le système américain pour contre-balancer le pouvoir d'une assemblée unique.

« de sa suspension, de sa destitution ou de son remplace-« ment, cesser l'exercice de son état. » Il est à remarquer que cet article, bien d'accord avec la théorie que nous venons d'exposer, admet que, jusqu'à la notification de la décision prise par l'autorité supérieure, l'exercice des fonctions continue ; dès lors tout ce qui est fait antérieurement à cette notification demeure valable. C'est ce qui a été décidé (Rej., 25 novembre 1813) pour une signification faite par un huissier dont l'interdiction avait été prononcée, sans être encore notifiée. Mais, une fois que cette notification a eu lieu, l'officier perd tout caractère ; il y a faute, surtout dans un pays où les décisions de l'autorité sont rendues publiques par la voie de la presse, à ignorer la destitution ou la suspension dûment notifiée.

473. La seconde condition exigée de l'officier, pour que l'authenticité soit conférée à l'acte, condition consacrée par un édit de novembre 1542, c'est qu'il instrumente dans les limites de son ressort. Cette règle était observée au seizième siècle comme elle l'est aujourd'hui. On tenait alors strictement, suivant ce que nous rapporte Boiceau (*Preuve par témoins*, liv. II, ch. IV), à ce que le notaire n'instrumentât point hors de son ressort, *cum tabelliones, extra territorium, omnino privati censeantur, sicut et judices.* Mais, dans le dernier état de l'ancien droit, indépendamment de la prérogative dont jouissaient certains notaires, notamment ceux des Châtelets de Paris, Orléans et Montpellier, qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume, la règle que chaque notaire devait exercer dans son ressort n'était pas considérée comme prescrite à peine de nullité, et n'avait pour sanction qu'une amende [1]. (Voy. loi du 16 octobre 1791, tit. I, sect. 1, art. 5 ; Rej., 5 avril 1836.) Les lois modernes sont

[1] Pothier atteste (*Oblig.*, n° 792) que les règlements prohibitifs à cet égard n'étaient considérés que comme des *lois bursales*.

revenues rigoureusement au principe qui veut qu'un fonctionnaire, hors du territoire qui lui est assigné, ne soit plus qu'un simple particulier, et dès lors la nullité des actes reçus hors de ce territoire a dû être prononcée. (Loi de vent., art. 6 et 68.) C'est pour cela qu'on exige la mention du lieu où l'acte est passé (*ibid.*, art. 12), mention qui serait utile, mais non substantielle, dans les actes sous seing privé, que l'on peut faire partout. En exigeant cette mention, la loi force le notaire qui instrumenterait hors de son ressort, ou bien à faire un acte évidemment nul, s'il s'abstient d'y insérer l'énonciation mensongère, ou bien, dans le cas contraire, à faire un faux, en dissimulant la nullité, et à s'exposer ainsi aux peines les plus graves [1].

474. Dans le ressort même qui est affecté aux notaires, ils ne peuvent exercer leur ministère à l'égard de toute personne. Il leur est défendu (*ibid.*, art. 8) de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties : de plus, ils ne peuvent recevoir des actes où ils seraient intéressés eux-mêmes. C'est ce qu'a voulu exprimer la fin de l'article 8, qui ajoute : *ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur ;* expressions qui, grammaticalement, pourraient se rapporter aux parents des notaires, aussi bien qu'aux notaires eux-mêmes, mais qui, en raison, ne peuvent s'appliquer qu'à ces derniers, puisque autrement elles ne contien-

[1] C'est ce que la Cour de cassation a décidé plusieurs fois, notamment le 16 novembre 1832. MM. Chauveau et Hélie (*Théorie du Code pénal*, tom. II, ch. XXII, § 2) veulent, pour qu'il y ait faux dans l'espèce, conformément à un arrêt de la même Cour du 4 mars 1825, qu'il y ait eu intention de nuire à l'intérêt des parties. Cette doctrine nous semble trop relâchée. Il faut répondre, avec l'arrêt de 1832, « que cette fausse énonciation, ayant pour but de tromper et d'éluder la prévoyance et la volonté du législateur, et d'ailleurs étant préjudiciable à autrui (puisque l'acte est nul), emporte par cela seul l'intention et la moralité criminelle du crime de faux. »

draient qu'une redondance inutile. Rien de plus juste d'ailleurs que d'interdire au notaire la faculté de rendre témoignage dans son propre intérêt. C'est ce qui a été jugé par deux arrêts de cassation, en date du 15 juin 1853. (Voy. aussi Rej., 16 décembre 1836.) Toutefois nous avons vu (n° 453) que c'était bien mal à propos, et par suite d'une véritable confusion de langage, qu'on avait voulu appliquer l'article 175 du Code pénal à un notaire qui avait pris un intérêt à la créance constatée par un *acte* qu'il avait reçu lui-même. Il y a là une nullité et une infraction disciplinaire, mais nullement un délit caractérisé, délit qui ne saurait exister que si le notaire avait eu la surveillance de la créance même, à laquelle il avait pris intérêt, et non de l'acte destiné à la constater.

475. L'officier supposé capable et compétent, il faut encore que l'acte soit reçu *avec les solennités requises*. (C. civ., art. 1317.) Ces solennités se rattachent, soit à la qualité des personnes qui le reçoivent, soit aux règles à suivre dans la rédaction.

476. « Les actes », dit l'article 9 de la loi de ventôse, « seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté « de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et « domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera « passé. » Cette disposition, dont le principe remonte à une ordonnance de Philippe le Bel de 1304, est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics. L'accord de deux notaires pour falsifier les conventions des parties est infiniment moins probable que la malversation d'un seul. La présence des témoins, que l'on a appelés *instrumentaires* à raison de leur concours à l'acte (*instrumentum*), se justifie par le même motif.

Mais il est souvent difficile, dans la pratique, d'obtenir l'assistance de deux notaires ; aussi la prescription de l'or-

donnance de 1304, bien que renouvelée en 1437, était-elle tombée en désuétude dans l'ancien droit, excepté pour certains actes d'une haute importance, tels que les testaments. L'article 14 des statuts et règlements de la communauté des notaires au Châtelet de Paris, homologués par un arrêt du parlement du 13 mai 1681, portait que les notaires seraient obligés de signer l'un pour l'autre les actes et contrats non contraires aux ordonnances et bonnes mœurs, dont ils seraient requis, sans le pouvoir refuser; et cette jurisprudence avait été convertie en loi par des édits de 1691 et 1706. Depuis la promulgation de la loi de ventôse, les mêmes habitudes se sont conservées dans la pratique quant au notaire en second, et nos mœurs répugnant souvent à l'admission de témoins dans le secret de nos affaires, l'usage s'est également introduit de faire signer l'acte après coup par les témoins instrumentaires. C'était là, nous persistons à le croire, une violation manifeste de la loi : violation longtemps tolérée par la jurisprudence, qui se fondait sur un singulier motif, la prétendue abrogation par désuétude de la disposition de la loi de ventôse, mais enfin condamnée par un arrêt de cassation du 25 janvier 1841. Cet arrêt, suivi d'une autre décision conforme (16 novembre 1841), mit le législateur dans la nécessité de sauvegarder les intérêts compromis par ce changement de jurisprudence, et de statuer pour l'avenir; tel a été l'objet de la loi du 21 juin 1843.

Quant au premier point, il est vrai que certains esprits ont contesté au législateur le pouvoir de rendre de véritables lois interprétatives, de nature à régir le passé [1]. Mais cette

[1] Il n'y aurait empiétement sur le pouvoir judiciaire qu'autant que le pouvoir législatif interviendrait dans des causes particulières pour interpréter la loi. (Voy. notamment le décret du 19 pluviôse an II, par lequel la Convention annula, sur la demande des parties, un jugement du tribunal

théorie, contraire d'ailleurs à celle des auteurs les plus exacts, ne pouvait prévaloir contre le désir bien légitime d'assurer la paix des contrats et la stabilité des familles, en défendant « d'annuler les actes notariés passés depuis la pro-« mulgation de la loi du 25 ventôse an XI, par le motif que « le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires « n'auraient pas été présents à la réception desdits actes. » C'est ce qu'a fait l'article 1er de la loi nouvelle, contre lequel il ne saurait s'élever d'objections sérieuses.

Pour l'avenir, le législateur, bien qu'il prétende ne faire qu'expliquer la loi de ventôse (loi de 1843, art. 3), l'a réellement modifiée, puisqu'il a donné raison à la pratique, en dispensant généralement les parties de l'assistance du second notaire et des témoins. (*Ibid.*, art. 1 et 3.) Soit lors de la discussion de la loi de 1843, soit depuis cette époque, on a accusé le pouvoir législatif d'avoir manqué d'énergie, et de n'avoir pas même su être conséquent dans un système vicieux. Ces reproches ne nous paraissent pas fondés. D'abord, il n'y avait pas de motifs suffisants pour se roidir contre les difficultés pratiques qu'offrait la présence réelle du second notaire et des témoins, puisqu'il était avéré que les désordres du notariat ne tenaient nullement au défaut de cette présence réelle. Mais, dit-on, il serait alors plus simple et plus logique de faire rédiger les actes par le notaire seul. Cette idée a été repoussée en connaissance de cause par le législateur. « On a considéré, d'une part », dit M. Philippe Dupin, dans son rapport à la Chambre des députés (*Moniteur* du 9 mars 1843), « que la formalité de la signature après « coup du second notaire ou des témoins était sans inconvé-

de cassation portant sur la compétence.) Quant à la faculté d'interpréter la loi d'une manière générale, même pour le passé, elle ne saurait appartenir qu'au pouvoir législatif : or, les besoins sociaux exigent quelquefois, ainsi que cela est arrivé en 1843 pour les actes notariés, qu'il soit fait usage de cette faculté.

« nient pour les parties et d'un accomplissement facile pour « les notaires. D'un autre côté, et bien que ce ne soit pas « une garantie puissante, cet usage a cependant quelques « avantages. Ainsi le notaire en second, sans pénétrer indi- « rectement dans le secret des actes, vérifie si les formes « extérieures sont observées, si le protocole est régulier, « si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement « parafés, si l'acte ne contient pas des blancs ou des inter- « lignes dont on puisse abuser. L'obligation d'imiter la signa- « ture du notaire ou des témoins rendrait le faux plus diffi- « cile, si quelque main était tentée d'en commettre, ou « mettrait plus vite sur la trace du crime. Enfin c'est un « obstacle aux retranchements ou aux intercalations de ren- « vois qu'on voudrait faire par la suite au détriment des « parties et du fisc. On n'a pas voulu enlever sans motifs « ces garanties, quelque faibles qu'elles puissent paraître. »

Toutefois, la loi de 1843 maintient (art. 4) les règles spéciales du Code civil sur la forme des testaments[1]. De plus, elle exige (art. 2) la présence du notaire en second ou des deux témoins pour les actes notariés les plus importants, ceux qui contiennent donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage [2], révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes. Cette présence doit être mentionnée à peine de nullité (même art. 2). Mais, même pour ces actes ainsi placés dans une catégorie spéciale, la loi nouvelle n'exige point qu'il y ait assistance, soit

[1] Dans les testaments, la plus légère absence d'un témoin suffit pour vicier l'acte. (Bordeaux, 8 mai 1860.)

[2] On avait proposé d'appliquer la même règle aux donations faites par contrat de mariage et aux contrats de mariage en général. Mais il a été reconnu qu'il y avait une garantie suffisante dans l'assistance des deux familles à ces stipulations solennelles, aux détails desquelles nous ne jugeons point toujours convenable d'immiscer des tiers.

aux pourparlers préliminaires, soit à la rédaction de la minute. « La présence du notaire en second ou des deux « témoins », dit l'article 2, « n'est requise qu'au moment « de la lecture des actes par le notaire et de la signature « des parties [1]. » On voit que l'esprit de la loi est toujours de garantir, autant que faire se peut, le secret des conventions, qui est essentiellement dans nos mœurs.

477. Une disposition qui a toujours été rigoureusement observée, c'est celle de l'article 8 de la loi de ventôse, renouvelée d'un arrêt de règlement de 1550, qui interdit aux notaires parents ou alliés, à l'infini en ligne directe, et jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, de concourir au même acte ; mais aucune décision moderne ne reproduit la défense, faite aux notaires par le parlement de Paris, le 10 février 1615, de se réunir au nombre de plus de deux pour la passation de leurs actes, de crainte que le secret des parties ne fût compromis. Cet abus, du reste, si tant est qu'il y eût abus, est peu à craindre, les officiers publics n'étant guère disposés à venir assister bénévolement à des opérations d'où ils ne pourraient retirer aucun émolument. La Cour de Reims a effectivement déclaré valable, le 7 février 1855, un acte de donation reçu, comme un testament (C. civ., art. 971), en présence de deux notaires et de deux témoins.

[1] La loi de 1843 ajoutant : « *Elle* sera mentionnée à peine de nullité », on s'est demandé si c'était la présence du notaire en second et des témoins, ou bien la lecture de l'acte, ainsi que le Code (art. 972) le décide pour les testaments, qui doit être mentionnée. Il est sans doute plus sage de toujours mentionner *la lecture du présent acte par le notaire en présence du second notaire et des témoins*, suivant le formulaire prescrit par une circulaire de la chambre des notaires de Paris, en date du 24 juin 1843. Mais nous pensons, avec un jugement du tribunal de Dijon, du 30 juin 1857, que le pronom *elle*, dans la loi de 1843, se rapporte grammaticalement à la présence exigée, et non pas à la lecture de l'acte, et que dès lors il n'est point permis de suppléer une nullité que le texte ne prononce pas. (Voy. en sens contraire M. Demoly, *Revue critique*, tom. XIV, p. 434.)

478. Quant aux conditions de capacité que doivent réunir les témoins, l'article 9 exige d'abord qu'ils soient *citoyens français*. Pour soutenir que ces mots, ainsi que l'a jugé un arrêt de rejet du 10 juin 1824, ne doivent pas être pris à la lettre, on invoque, soit la nature des fonctions de témoin, qui n'a rien de politique, soit le vocabulaire en usage sous la première république française, qui tendait à généraliser le sens du mot *citoyen*[1]. (On sait que les femmes mêmes étaient appelées *citoyennes*.) Mais il n'y a rien d'extraordinaire à considérer comme une sorte de mission publique le ministère de celui qui est appelé à contrôler la gestion d'un officier public, avec la faculté d'appeler sur sa tête la peine du faux, en cas de prévarication. Adoptée par un arrêt de Rouen du 13 mai 1839, cette doctrine est d'ailleurs en harmonie avec celle que nous avons admise en matière d'expertise (n° 114). Les articles 34 et 42 du Code pénal mettent, en effet, sur la même ligne l'incapacité d'être expert et celle d'être employé comme témoin dans les actes. Quant au sens même du mot *citoyen*, il ne faut pas transporter les dénominations et les idées qui avaient cours sous la Convention, à l'époque du Consulat, sous lequel les idées républicaines étaient singulièrement effacées. N'est-ce pas d'ailleurs l'article 7 du Code civil, promulgué le 27 ventôse an XI, c'est-à-dire presque en même temps que la loi sur le notariat, qui a déclaré l'exercice des droits civils indépendant de la qualité de citoyen? Aussi est-ce en connaissance de cause que l'article 980 du même Code n'a exigé des témoins aux testaments que la qualité de *républicoles*, remplacée dans les rédactions postérieures par celles de *sujets de l'empereur*, puis *du roi*. Le projet de Code (titre *Des donations et testa-*

[1] Consulter, sur l'historique de l'expression de *citoyen*, le publiciste distingué dont la science a déploré la perte prématurée, M. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, liv. I, ch. I, sect. 4.

ments, art. 73) exigeait *l'exercice des droits politiques*; ce qui fut supprimé par le Conseil d'État. Le rapport de M. Jaubert au Tribunat sur le titre *Des donations* fait bien ressortir le droit commun et l'exception en cette matière : « Quelques observations sur les témoins testamentaires », dit l'orateur : « il suffit qu'ils jouissent des droits civils, tandis que, pour « les actes publics ordinaires, où à la vérité il n'en faut que « deux, il est indispensable qu'ils jouissent des droits poli- « tiques. » Si notre ancienne législation n'exigeait dans tous les cas que la qualité de *régnicole*, c'est qu'il n'y avait guère lieu alors à s'occuper des droits politiques, les états généraux n'étant pas même convoqués une fois par siècle.

Nous considérons, du reste, comme citoyen français tout majeur de vingt et un ans, qui n'est pas dans un cas d'incapacité. Telle était notre opinion sous l'empire de la charte de 1830, et il y a encore moins de doute à cet égard, aujourd'hui que la condition exigée par la constitution de l'an VIII (art. 2), d'une inscription pendant un an sur les registres civiques, à partir de la majorité, a été formellement abolie par la constitution de 1848, qui a conféré le droit électoral à tous les Français âgés de vingt et un ans et jouissant de leurs droits civils et politiques : principe consacré de nouveau par le décret du 2 février 1852 (art. 12), et toujours suivi depuis. Dès lors sont tombées toutes les restrictions antérieures quant à l'exercice des droits de citoyen, notamment celles qui résultaient des articles 4 et 5 de la constitution de l'an VIII[1]. La qualité de citoyen français appartient donc aujourd'hui à tous ceux qui n'ont pas perdu d'une manière

[1] Il faut remarquer surtout celle qui frappait les serviteurs à gages, lesquels ont recouvré depuis 1848 la plénitude des droits politiques, sans toutefois pouvoir être appelés aux fonctions de juré. (Loi du 21 novembre 1872, art. 4.)

générale la capacité politique par suite, soit d'une condamnation à une peine emportant dégradation civique, soit même d'une interdiction judiciaire. Quant aux conditions spéciales d'aptitude pour l'électorat et pour l'éligibilité, elles ne sauraient être requises pour les fonctions publiques, et spécialement pour le simple ministère des témoins instrumentaires. C'est ainsi qu'aux termes de la constitution de 1848 (art. 27), la loi électorale devait déterminer les causes qui peuvent priver un *citoyen français* du droit d'élire et d'être élu. On peut donc demeurer citoyen français en cessant d'être électeur. Il n'y a point dès lors à se préoccuper, en ce qui touche les témoins instrumentaires, des restrictions spéciales, plus ou moins graves, établies par les lois électorales.

479. Ce que nous avons dit de la capacité putative du notaire, doit s'appliquer également à la capacité putative des témoins. Ainsi, quand ils auront encouru une condamnation ignorée de tous ceux avec qui ils se trouvaient en relation, l'erreur des parties, étant invincible, ne devra pas entraîner la nullité de l'acte. La Cour de cassation (Rej., 28 juillet 1831 et 24 juillet 1839) s'est prononcée en ce sens. Mais la Cour d'Aix a été trop loin, quand elle a décidé, le 30 juillet 1838, que l'erreur commune suffisait pour valider l'acte qu'avait signé comme témoin un cordonnier patenté, mineur de vingt et un ans, qui passait dans le pays pour majeur. Il est facile de se faire représenter un extrait des registres de l'état civil, et c'était un singulier moyen de vérification pour un notaire, que de s'en rapporter à la rumeur publique pour l'existence d'une qualité qu'il pouvait si aisément constater. Ce serait seulement dans le cas de production d'un faux acte de naissance, qu'il serait possible d'effacer favorablement la nullité. Il faut reconnaître néanmoins que la question de savoir s'il y a eu erreur invin-

cible comporte une appréciation de pur fait, qui n'est point susceptible d'être revisée par la Cour de cassation. (Rej., 24 juillet 1839 et 4 février 1850.)

480. La seconde condition de capacité, requise des témoins, sur laquelle il ne peut y avoir d'équivoque, parce qu'elle est toute de fait, c'est celle qui consiste à savoir signer. L'ordonnance de Blois, de 1579 (art. 166), voulait que dans les villes et gros bourgs il y eût un des témoins qui sût signer, mais seulement dans le cas où les parties ne signeraient point elles-mêmes. L'usage de l'écriture étant bien plus répandu de nos jours, la loi de ventôse a voulu que, dans tous les cas, les deux témoins fussent capables de signer : mais une tolérance, analogue à celle de l'ordonnance de Blois, existe quant aux testaments authentiques, pour lesquels un plus grand nombre de témoins est exigé. L'article 974 du Code civil se contente alors de la signature de la moitié des témoins, dans les *campagnes*. Aujourd'hui, comme jadis, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, d'après l'importance de la localité, si elle doit, ou non, être considérée comme campagne. (Rej., 10 juin 1817 et 10 mars 1829.)

481. En troisième lieu, ils doivent être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Des personnes du pays sont plus à même de reconnaître la sincérité des déclarations faites par les parties. Il est aussi plus facile de les retrouver ensuite, quand on a besoin d'invoquer leur témoignage.

482. Le même degré de parenté ou d'alliance, qui ne doit pas exister entre le notaire et les parties, ne doit pas exister non plus entre les témoins et le notaire, ni entre les témoins et l'une des parties contractantes. (Loi de vent., art. 8.) Mais il n'y avait aucun motif sérieux pour interdire à deux parents de porter témoignage ensemble : « Nihil

« nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi. » (Voy. Instit., § 8, *De test. ordin.*)

Les témoins ne doivent pas non plus (même art. 8) être clercs ou serviteurs du notaire. Mais le simple fait d'avoir rédigé des expéditions pour un notaire, lorsqu'on n'est point attaché à son service habituel, ne constitue point une véritable cléricature. (Rej., 5 février 1829 et 10 avril 1855.) Il en serait autrement si les rapports étaient permanents, bien qu'il n'y eût point eu inscription au stage, le tout suivant l'appréciation des juges du fait. (Rej., 25 janvier 1858.)

Nous avons achevé ce qui concerne les personnes dont le ministère donne l'authenticité à l'acte notarié. Parlons maintenant des formalités matérielles requises pour la validité intrinsèque de cet acte.

483. On doit y énoncer (loi de vent., art. 12) le lieu, l'année et le jour où il est passé ; ce qu'on appelle la date, du mot *datum*, usité dans le style latin de la chancellerie du saint-siége, pour indiquer que la pièce avait été émise à telle époque. On ne parle pas du mois, que cependant il n'est pas possible d'omettre au fond, peut-être pour empêcher qu'on n'annule un acte daté par relation à une fête dont il serait facile de vérifier la date, par exemple, *de la veille de la Toussaint*. L'ordonnance de Blois voulait de plus (art. 167) qu'on indiquât si l'acte avait été passé avant ou après midi. Cette mention, qui n'est plus exigée, avait alors une haute importance, puisqu'il était essentiel de constater exactement la date des actes notariés, qui emportaient hypothèque à partir de cette date. Elle peut être utile aujourd'hui pour établir la préférence entre deux acheteurs qui auraient acheté le même immeuble, le même jour, de la même personne, sans que ni l'un ni l'autre eût fait opérer la transcription ; ou entre deux acheteurs d'effets mobiliers, dont aucun

n'aurait été mis en possession effective des objets vendus.

La même ordonnance exigeait (même article) la mention de la maison où l'acte était passé, de ce que Dumoulin appelle le *locus loci*. La loi de ventôse parle simplement du lieu; ce qui s'entend ordinairement de la commune où le notaire instrumente. On a voulu seulement bien constater, ainsi que nous l'avons remarqué, qu'il agit dans les limites de son ressort. Aussi la Cour de Riom a-t-elle décidé, le 18 mai 1841, conformément à plusieurs arrêts antérieurs de diverses Cours, que la mention du *locus loci* n'est pas indispensable : mais elle peut être utile, pour le cas où l'acte serait attaqué par la voie de l'inscription de faux.

484. La mention des noms et demeure des témoins instrumentaires est également requise (*ibid.*); il faut qu'on puisse les retrouver au besoin. D'ailleurs, c'est la meilleure garantie que le notaire n'emploiera que des témoins domiciliés, puisque autrement il serait dans l'alternative de faire un acte nul, ou de commettre un faux. On a prétendu, il est vrai, que les prescriptions de la loi de ventôse sur la mention de la demeure des témoins ont été virtuellement abrogées par la loi interprétative de 1843 (n° 476), qui n'exige plus la présence effective des témoins; mais, lors même que cette nullité serait contraire à l'esprit de la loi de 1843, il eût fallu que cette loi eût statué d'une manière précise pour anéantir une disposition formelle de la législation sur le notariat. (Nîmes, 22 avril 1857.)

En ce qui touche le notaire, sa signature le faisant suffisamment reconnaître, l'insertion de ses noms et lieu de résidence dans le corps de l'acte n'est pas substantielle. Quant aux parties, elles doivent être désignées clairement; sinon l'écrit serait, en fait, insuffisant comme preuve. Mais la mention de leur demeure n'a pas d'importance, puisque la compétence de l'officier n'est pas personnelle, mais terri-

toriale. Enfin la règle qui enjoint au notaire (*ibid.*, art. 11), s'il ne connaît point les parties, de se faire attester leurs noms, état et demeure, par deux citoyens ayant les qualités requises pour être témoins instrumentaires, a trait à la responsabilité de l'officier quant à l'identité des parties, mais nullement à la validité de l'acte en lui-même.

485. Jusqu'à l'ordonnance de 1560 (art. 84), la signature des parties n'était pas exigée, lors même qu'elles savaient signer. La connaissance de l'écriture étant peu répandue au moyen âge [1], le cas où les parties savaient signer était rare, et dès lors on ne s'en était pas occupé. La décision de Charles IX fut provoquée par le nombre de faux qu'avait occasionnés, dans le seizième siècle, cette trop grande latitude laissée aux notaires. C'est de la législation de cette époque, où, sous l'inspiration du chancelier de L'Hospital, s'opérèrent tant d'importantes réformes, que nous est venue l'obligation (loi de vent., art. 14) de faire signer les parties, si elles savent le faire, et de mentionner leurs signatures, ou du moins, si elles ne peuvent signer, de mentionner cette impossibilité. Nous avons déjà fait observer combien la nécessité de la mention est salutaire, en aggravant la responsabilité de l'officier qui contreviendrait à la loi. De plus, en matière de testaments, la signature est si importante, qu'on exige, lorsqu'elle manque, mention expresse, non-seulement de la déclaration que le testateur ne peut signer, mais encore de la cause qui l'empêche de le faire. (C. civ., art. 973.)

La règle que les parties doivent signer n'est pas, du reste, applicable à tous les actes authentiques. Quand le législa-

[1] On voit par des lettres patentes de mai 1358 qu'à cette époque, plusieurs membres du conseil même du roi ne sachant pas signer, il suffisait de la suscription de trois personnes présentes, les autres se contentant d'apposer leurs sceaux aux actes du conseil.

teur autorise purement et simplement un officier à faire un acte de son ministère, il est présumé avoir reçu pouvoir de ses clients, tant que le contraire ne soit prouvé. Telle est la pratique constante en ce qui concerne les avoués et les huissiers. La signature des parties n'est exigée à leur égard qu'exceptionnellement, par exemple, pour l'exploit d'opposition à un mariage (C. civ., art. 66), et pour l'inscription au greffe du désaveu d'un officier ministériel. (C. de proc., art. 353.)

Quant aux témoins, il faut toujours qu'ils signent, sauf l'exception que nous avons signalée pour les testaments (n° 480), et que mention soit faite de leur signature, ou bien, si on se trouve dans le cas de l'exception, de l'impossibilité où ils sont de signer. (Loi de vent., art. 14.) Un arrêt de cassation du 16 juillet 1833 a décidé que, même dans l'ancien droit, la mention de la signature, tant des parties que des témoins, était prescrite à peine de nullité.

Enfin la signature du notaire lui-même est évidemment essentielle. Elle seule engage sa responsabilité, et donne à l'écrit le caractère de l'authenticité, qui s'attache à la notoriété de cette signature. Un arrêt de rejet du 12 novembre 1807 a décidé, en conséquence, qu'un acte auquel manque cette formalité essentielle n'est pas même passible du droit d'enregistrement. La nécessité de la signature du notaire ne s'est également établie que dans les temps modernes. Ces officiers n'étant dans l'origine que les rédacteurs des actes (n°s 461 et 462), les parties y apposaient leurs sceaux, et il n'y avait aucune attestation de la présence du rédacteur, qui n'avait point de caractère officiel [1]. Mais les roturiers, qui n'avaient point de sceaux, devaient faire passer

[1] « Infinita pene vidi antiqua instrumenta », dit Boiceau (Préface, § 3), « quæ nullo tabellionis signo, sed sola cujusdam antiqui sigilli appensione « munita erant. »

leurs actes devant un officier public (Beaumanoir, ch. xxxv, § 22) ; et il devint dès lors fort utile de donner le caractère d'officier public au rédacteur de l'acte. Les notaires eurent donc un sceau, qui dut être apposé aux actes, aux termes d'une ordonnance de juillet 1304. Si la signature du notaire s'introduisit peu à peu dans la pratique, cette formalité ne devint obligatoire qu'à partir de l'ordonnance de 1535 ; la règle ne fut même généralement observée qu'après avoir été reproduite par l'ordonnance de 1560. Jusqu'alors, le sceau, ainsi que l'a jugé la Cour de Toulouse, le 10 mai 1838, était chez nous, comme jadis à Rome, la seule garantie de la sincérité de l'acte. Aujourd'hui chaque notaire doit encore avoir un sceau particulier (loi de vent., art. 27) ; mais nous verrons que l'apposition de ce sceau n'est pas même nécessaire comme formalité extrinsèque.

La lettre de l'article 14 de la loi de l'an XI prescrivait aussi la mention de la signature du notaire ; mais le conseil d'État (avis du 20 juin 1810) a reconnu que cette mention est tout à fait surabondante. Si la signature du notaire est véritable, la mention de cette signature est parfaitement inutile ; si elle n'est pas véritable, il y a faux caractérisé par cela même, et le second faux, que contiendrait la mention mensongère, n'ajouterait rien à la pénalité encourue par le fait seul de la fausse signature.

486. Pour que les actes reçus par le notaire aient le caractère de stabilité qui les distingue spécialement des actes sous seing privé, il faut que le notaire en demeure dépositaire. De là l'obligation de garder minute, et de ne délivrer aux parties que des expéditions. Mais que faut-il entendre par cette obligation ? et à quels actes est-elle applicable ?

Si on prenait à la lettre l'expression de *garder* minute, employée par la loi sur le notariat, on croirait que le notaire

doit non-seulement rédiger, mais conserver dans son étude, à peine de nullité, la minute même de l'acte. C'est ce qu'avait décidé la Cour de Bastia, dans une espèce où la minute d'un contrat de mariage, retrouvée plus tard, avait été momentanément égarée. Une pareille doctrine serait éminemment dangereuse pour les intéressés, dont les droits seraient exposés à périr, sans aucune faute à eux imputable, par la négligence de l'officier public. Heureusement la loi de ventôse n'a point une portée aussi exorbitante. Il faut distinguer l'obligation de *garder minute*, c'est-à-dire de rédiger une minute destinée à demeurer en la possession du notaire, prescrite, en effet, à peine de nullité, par la combinaison des articles 20 et 68, et l'obligation de ne *point se dessaisir de la minute*, établie par l'article 22, qui n'est qu'une prescription disciplinaire. Aussi l'arrêt de la Cour de Bastia a-t-il été cassé le 6 décembre 1852.

La prescription même de la rédaction en minute ne s'introduisit que lentement dans l'ancienne jurisprudence, et seulement pour certains actes d'une plus haute importance. Sous la loi de ventôse (art. 20), c'est l'obligation de garder minute qui est devenue la règle; il n'y a d'exception (même art.) que pour « les certificats de vie, procurations, « actes de notoriété, quittances de fermage, de loyers, de « salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes « simples, qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en « brevet. » Mais par *actes simples* il faut entendre ici ceux qui n'ont qu'un intérêt faible et passager, et non pas, comme on l'a prétendu, ceux qui émanent d'une seule volonté, tels que les testaments. Cette interprétation, aussi dangereuse qu'erronée, a été proscrite avec raison par un avis du Conseil d'État du 7 avril 1821.

487. Une dernière nullité, qui n'est que partielle, frappe les mots surchargés, interlignés ou ajoutés. (*Ibid.*, art. 16.)

Cette nullité peut réagir sur l'acte tout entier, si les mots vicieux sont essentiels, par exemple, s'il s'agit de la date [1]. (Rej., 27 mars 1812.) Le notaire doit s'abstenir de toute addition dans le corps de l'acte ; les renvois, si leur longueur n'oblige point à les transporter à la fin de l'acte, doivent être écrits en marge, avec la signature ou le parafe des notaires et des autres signataires. (*Ibid.*, art. 15.) Le nombre des ratures doit être également constaté en marge ou à la fin de l'acte, et approuvé (*ibid.*, art. 16), suivant l'ancienne pratique, attestée, en ces termes, par Mascardus (Concl. 1261, n° 16) : *Si notarius erravit in scriptura, debet, ad evitandam suspicionem, in fine scripturæ ac chirographi continuando facere mentionem, qualiter ipse abrasit tale verbum, in tali linea, vel fecit talem lineam in margine.* Mais il faut distinguer entre les additions et les ratures. Les additions non approuvées sont nulles (même art. 15). Pour les ratures, d'abord la loi sur le notariat ne reproduit pas un règlement beaucoup trop rigoureux de 1683, qui prononçait la nullité de l'acte à raison des ratures qu'il contenait. Si un acte rempli de ratures non approuvées doit être écarté comme suspect, il n'en est pas de même au cas où l'on ne signale que quelques ratures sans importance, conformément à la vieille doctrine [2] : *Si ratura non sit in loco substantiali et suspecto, non facit falsum instrumentum.* (Mascardus, *ibid.*, n° 9.) Bien plus, les ratures elles-mêmes, sauf amende contre le notaire (même art. 16), ne sont point considérées comme non avenues, par cela seul qu'elles n'ont pas été approuvées. Il peut résulter, en effet, avec évidence, des termes de l'acte qu'elles ont été faites lors de sa rédaction, *cum verba*

[1] Mais l'acte non régulièrement daté aurait au moins date du jour de l'enregistrement. (Rej., 6 mars 1827.)

[2] M. Greenleaf constate (tom. I, p. 697, note 1) la conformité du droit commun anglais avec la doctrine de Mascardus, qu'il qualifie assez mal à propos de *roman civil law*.

antecedentia et sequentia demonstrant, ita esse legendum, ut in ratura scripturæ reperitur. (Mascardus, *ibid.*, n° 19.) Que si les ratures n'ont été faites que postérieurement à la rédaction de l'acte, elles doivent être considérées comme non avenues. Mais, dans le doute, que devra-t-on présumer? Que le notaire s'est conformé aux prescriptions de la loi, et que dès lors il n'y a de ratures faites du consentement des parties que celles qui ont été approuvées. Autrement, il suffirait de la malveillance d'un tiers, qui se trouverait accidentellement détenteur de la minute, pour détruire la preuve des droits les plus importants. Il faudra donc en général, et sauf l'appréciation des circonstances, maintenir les mots rayés sans approbation, tant qu'on n'établira pas que la radiation a eu lieu lors de la confection même de l'acte.

Le seul fait de laisser des blancs dans un acte notarié n'emporte point nullité. Mais ces lacunes pouvant facilement prêter à des intercalations, les blancs, lacunes et intervalles sont interdits à peine d'amende par la loi de ventôse (art. 13). Il est d'usage, dans la pratique des notaires, lorsque des blancs ont été laissés à l'avance, de tirer des barres pour les remplir. Mais alors, pour éviter tout arbitraire, l'officier doit faire approuver ces barres par les parties, à peine d'encourir la même amende qui serait prononcée à raison des blancs ou lacunes. (Rej., 21 juillet 1852.)

488. En dehors des prescriptions de la loi de ventôse, il paraît constant que la disposition de l'ordonnance de 1539 (art. 10 et 11), qui veut que tous les actes soient rédigés *en langage maternel français*, est encore en pleine vigueur. Beaucoup de décisions du gouvernement français, tant ancien que moderne, ont maintenu impérieusement cette règle, qui est en parfaite harmonie avec notre tendance à la centralisation et à la régularité administrative. La loi du 2 ther-

midor an II (art. 3) est venue y donner une nouvelle sanction, en prononçant la peine de six mois d'emprisonnement et la destitution contre tout fonctionnaire ou officier public qui rédigerait ou recevrait des actes quelconques en une autre langue que la française. Indépendamment de cette sanction spéciale, doit-on considérer la rédaction en langue française comme prescrite à peine de nullité? La nullité avait été prononcée autrefois par un édit de décembre 1683 pour la Flandre, et par un arrêt du conseil du 30 janvier 1685 pour l'Alsace. Il est vrai que la nullité n'est formellement prononcée ni par l'ordonnance de 1539, ni par l'arrêté du 24 prairial an XI, qui en a prescrit l'exécution dans les pays réunis. Aussi un rejet du 1er mars 1830, rendu, il est vrai, dans des circonstances particulières [1], avait-il écarté cette sanction. Mais, plus récemment, la chambre des requêtes (Rej., 4 août 1859) s'est prononcée dans le sens de la nullité, en reconnaissant « qu'il ne s'agit pas d'une de ces « formes secondaires et de ces nullités de procédure aux- « quelles s'applique l'article 1030 du Code de procédure, « mais d'un principe essentiel et de droit public, qui importe, « à un haut degré, à la bonne administration de la justice, « et garantit l'unité de la langue nationale. »

L'arrêté du gouvernement du 24 prairial an XI, en reproduisant cette règle pour les pays réunis, a prescrit aux officiers publics de mettre, à mi-marge de l'original français, la traduction en idiome du pays, lorsqu'ils en sont requis par les parties : prescription encore applicable aujourd'hui, soit pour les étrangers, soit pour les parties de la France où le français n'est pas la langue populaire.

[1] Il s'agissait d'accorder l'*exequatur* à une sentence arbitrale écrite en langue étrangère, à laquelle on avait joint une traduction faite par un interprète juré. On peut dire, à l'appui de la doctrine de l'arrêt, que la sentence arbitrale ne reçoit de caractère officiel que par l'ordonnance d'*exequatur*, laquelle n'est délivrée que sur le vu de la traduction.

Mais cette prescription, qui concilie les nécessités de la pratique avec les exigences légales, suppose que le notaire entend la langue de son client, qui ne sait pas le français. S'il en est autrement, il faut prendre un interprète, et alors, suivant certains auteurs, l'interprète doit réunir les conditions de capacité exigées des témoins instrumentaires. Or, c'est là, suivant nous, faire la loi. Sans doute il conviendra de prendre, si on le peut, l'interprète parmi les témoins instrumentaires eux-mêmes. Au cas contraire, le tiers appelé rend un service qui n'a aucun caractère officiel, et on ne saurait, sans arbitraire, lui imposer aucune condition de capacité. Souvent des étrangers seront ceux qui rempliront le mieux cet office ; comment dès lors exiger la qualité de citoyen français ? Il nous semble que l'interprète joue ici purement et simplement le rôle d'un *sapiteur* dans une expertise. (Voy. n° 114.)

Quant aux témoins instrumentaires, la Cour de cassation a jugé (arr. de rej. du 14 juillet 1818), conformément à de nombreux arrêts de Cours d'appel, que c'est au juge à examiner en fait si, bien qu'ignorant la langue dont se servent les parties, ils ont été suffisamment instruits par le notaire de ce qui se passait en leur présence. Et cependant il est difficile que le ministère de pareils témoins soit sérieux, puisqu'ils reçoivent tous leurs renseignements du fonctionnaire même qu'ils ont mission de surveiller. D'un autre côté, exiger, d'une manière absolue, que les témoins connaissent la langue dont se servent les parties, ce serait souvent demander l'impossible. Il faut avouer que la législation laisse quelque chose à désirer sur ce point. Peut-être conviendrait-il de distinguer suivant les localités, et d'exiger, par exemple, que les témoins entendent l'italien à Nice, si le testateur ne sait que l'italien ; tandis que, pour les autres parties de la France, où, à part quelques grandes

villes, la connaissance de l'italien est assez rare, on devrait être moins rigoureux.

§ 2. EFFET DE L'ABSENCE DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES ACTES NOTARIÉS.

SOMMAIRE. — 489. Origine de la doctrine qui attribue à l'acte notarié nul la valeur subsidiaire d'acte privé. — 490. Nécessité de la signature des parties. — 491. L'acte doit-il réunir les conditions exigées par les articles 1325 et 1326? — 492. Cas où l'acte n'a pas même l'apparence de l'authenticité. — 493. Cas où le notaire a un intérêt personnel. — 494. Résumé.

489. L'absence de quelqu'une des conditions nécessaires pour qu'il y ait authenticité suffit pour enlever tout effet à l'acte, quand la convention, à raison de sa nature spéciale, comme une donation ou un contrat de mariage, devait être revêtue des formes authentiques à peine de nullité, ainsi que l'a décidé la Cour de Bourges, le 27 mars 1859, pour un contrat de mariage auquel manquait la signature du notaire en second[1]. Mais lorsque l'authenticité, comme cela arrive d'ordinaire, n'était requise que pour la preuve, l'effet de la nullité n'est plus nécessairement absolu. Il faut voir alors si la volonté des parties a été de subordonner leur consentement à l'existence d'un acte notarié, ou bien si elles ont entendu traiter à tout événement. Dans le premier cas, il n'y a rien de fait. Dans le second, au contraire, non-seulement la convention existe et peut être prouvée par tous les moyens légaux, indépendamment de l'acte; mais l'acte lui-même peut encore être invoqué, si on y retrouve l'élément essentiel pour qu'il puisse valoir au moins comme acte sous seing privé, la signature des parties. « L'acte qui n'est pas authentique », dit l'article 1318 du Code civil, qui ne fait que reproduire l'article 68 de la loi

[1] La Cour fait remarquer que, suivant un abus non prévu par la loi, et qui n'est pas sans exemple dans la pratique, le second notaire eût pu, à la rigueur, signer après coup; malheureusement, depuis 1834, date du contrat, il avait cessé d'exercer ses fonctions.

de ventôse, « par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, « où par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, « s'il a été signé des parties. » Nous avons expliqué plus haut (n° 471), qu'il ne faut pas entendre ici par *incapacité* celle qui tiendrait à un vice que les parties n'auraient pu soupçonner, et qu'en ce cas l'acte doit conserver toute sa force.

Cette doctrine raisonnable, qui ne veut pas que l'absence de certaines formes puisse détruire la convention, lorsque ces formes n'ont été considérées par les parties que comme une précaution complémentaire, est fort ancienne en jurisprudence. Les jurisconsultes romains avaient déjà résolu par l'affirmative (L. 8, pr., D., *De acceptil.*) la question de savoir *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*, mais toujours en supposant qu'il y avait concours de volontés pour remettre la dette à tout événement. On faisait déjà au seizième siècle l'application de cette doctrine aux actes notariés entachés de quelque nullité, ainsi que nous le rapporte Boiceau (*Preuve par témoins*, liv. II, ch. IV) : « Num- « quid ex tali scripto », dit-il, « tanquam ex chirographo « privato, creditor, uti poterit in debitorem, hoc modo : « Peto a Titio, ut signum suum agnoscat, tali instrumento « appositum, quo fassus est, se mihi debere centum, eique « hoc nomine subscripsit, ut agnitione facta solvere compel- « latur? Puto quod hæc actio inepta non esset, non quidem « virtute et authoritate notariorum, sed virtute solius sub- « scriptionis factæ per debitorem, quam denegare viro probo « indignum erit. » Et cette théorie avait été ainsi formulée par Dumoulin (*Ad leg.* 1, § 2, D., *De verb. oblig.*, n° 34) : *Si actus non valet ut agitur, valeat ut valere potest, concurrente voluntate.*

490. Pour que l'acte puisse avoir ainsi subsidiairement la valeur d'un écrit privé, il faut qu'il soit signé des parties,

et même, d'après l'article 68 de la loi de ventôse, *de toutes les parties contractantes*. Cela ne veut pas dire que l'acte qui constate un contrat unilatéral, tel qu'un prêt, doive avoir été signé du créancier, aussi bien que du débiteur. Il s'agit, comme le dit Boiceau, de la *subscriptio facta per debitorem*. Si la loi sur le notariat parle de toutes les parties, c'est qu'elle a en vue les contrats synallagmatiques, pour la preuve desquels il importe que chacune des parties ait signé, les deux engagements étant cause l'un de l'autre. Il y a plus de doute dans le cas où, plusieurs personnes devant s'engager solidairement par un même acte, l'une d'entre elles seulement a signé. Des auteurs graves pensent que le créancier peut s'emparer de cette signature isolée, en soutenant que l'accession des codébiteurs solidaires n'était exigée que dans son intérêt à lui, intérêt auquel il lui est loisible de renoncer. Mais la position du codébiteur, qui se trouve seul engagé, et privé du recours sur lequel il pouvait compter vis-à-vis des codébiteurs qui ont disparu, n'est-elle pas singulièrement aggravée ? Il faut dès lors décider, avec un arrêt de rejet du 26 juillet 1832, que, sauf la preuve contraire résultant des circonstances, et notamment de celle que les codébiteurs dont les signatures manquent, ne seraient que des cautions, le défaut de signature de la part de l'un des codébiteurs dénature entièrement la convention, et par conséquent rend l'acte nul.

491. Avant que la jurisprudence du dernier siècle eût introduit la théorie des doubles et la nécessité du *bon* ou *approuvé* pour la preuve de certains engagements, décider que l'acte authentique signé des parties valait comme acte sous seing privé, c'était tout simplement dire que, sauf le cas où les parties n'auraient entendu traiter qu'en forme authentique, il restait toujours un acte ayant les conditions requises pour valoir comme écrit privé : *Ex tali scripto*,

tanquam ex chirographo privato, dit Boiceau (*loc. cit.*), *creditor uti poterit in debitorem*. Mais, depuis que des conditions spéciales ont été exigées, comme nous le verrons (C. civ., art. 1325, 1326), pour la preuve des contrats synallagmatiques et de certains contrats unilatéraux, on se demande s'il faut que ces conditions spéciales se retrouvent dans l'acte auquel manque l'authenticité.

Exiger toujours l'observation de ces conditions, ce serait retirer d'une main ce que l'on accorde de l'autre ; car il est évident que les parties qui se sont adressées à un notaire afin de constater leurs conventions, n'ont pas pu s'assujettir à des formes qui ne sont pas requises dans les actes publics. Il n'y a point de difficulté sérieuse en ce qui touche le *bon* ou *approuvé* : la présence d'un officier public, malgré l'irrégularité de l'acte, est une garantie suffisante contre les surprises en vue desquelles on a introduit cette formalité. Pour ce qui est de la rédaction en double original, Tronchet a dit au Conseil d'État (séance du 2 frimaire an XIII) : « Lorsque « l'acte est retenu dans un dépôt public, il n'y a plus de « raison pour exiger qu'il soit double, puisqu'il n'est plus à « la disposition d'une seule des deux parties. » En s'attachant à cette idée, qui est fort raisonnable, on serait conduit à décider que l'acte authentique irrégulier, s'il constate des conventions synallagmatiques, n'est dispensé de la rédaction en double original qu'autant qu'il en est resté minute. Mais la loi sur le notariat, à laquelle on s'est référé dans la discussion au Conseil d'État [1], mentionne précisément (art. 20 et 68) le cas où on aurait délivré en brevet un acte qui aurait dû être rédigé en minute, parmi ceux où l'acte revêtu de la signature des parties vaut comme acte sous signature privée. Et puisque, dans les autres hypo-

[1] M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely dit (même séance) « que la question est décidée par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat. »

thèses, l'acte est dispensé de l'observation des formes particulières aux actes privés, nous pensons en définitive qu'il n'est point permis d'introduire dans le texte une distinction à laquelle le législateur n'a pas songé.

492. Mais, pour le décider ainsi, il faut supposer que l'acte est au moins revêtu des apparences de l'authenticité. Or, l'incapacité de l'officier peut être telle qu'il y ait faute grossière de la part des parties à l'ignorer, si elles chargent, par exemple, un homme étranger au notariat, tel qu'un huissier, de faire un acte notarié. Sans doute, l'acte reçu par cet huissier peut valoir comme écrit privé, en ce sens que je serai autorisé à m'en prévaloir, si celui qui a traité avec moi a entendu s'obliger indépendamment de la forme notariée. Mais, comme l'officier auquel on s'est adressé ne présente pas les garanties qui pouvaient dispenser de l'observation des règles sur les écritures privées, il faudra en revenir à ces règles, et exiger que l'écrit soit fait double, lorsque la loi l'exige, de même qu'il y aura lieu de vérifier la signature des contractants. On devrait en dire autant dans le cas où manquerait la signature du notaire. Il n'y a plus rien qui ressemble à l'authenticité, en l'absence de cette formalité essentielle, qui seule constate la présence de l'officier, et engage sa responsabilité. Comme l'a jugé la Cour de Reims, le 13 juin 1855, l'exception faite par la loi de ventôse et par le Code aux principes généraux ne saurait protéger l'acte, lorsqu'il n'a pas été signé du notaire, qui aurait pu, sans doute, être incompétent ou incapable pour le recevoir, mais dont la signature n'en présenterait pas moins la garantie d'un homme public, confident des parties et témoin de leurs engagements respectifs.

La question est beaucoup plus délicate, si l'on suppose, ce qui est arrivé plus d'une fois dans la pratique, l'acte reçu par le clerc du notaire, puis signé par le notaire et mis au

rang de ses minutes. La Cour de cassation avait d'abord jugé (Rej., 16 avril 1845) que, les parties s'étant adressées à un individu sans caractère légal, il n'était possible d'attribuer à l'acte que les effets d'un acte sous seing privé. Mais cette décision, parfaitement exacte lorsque l'acte n'a point été signé par le notaire, nous paraît contraire à l'utilité pratique, lorsque le notaire s'est approprié l'acte en le signant et en le mettant au rang de ses minutes. Alors, s'il n'y a point authenticité, il y a du moins conservation de l'acte dans un dépôt public, qui permet à chacune des parties d'en user et d'y recourir selon ses intérêts. La théorie des doubles cesse dès lors de recevoir son application, ainsi que l'a décidé en définitive la Cour régulatrice par un arrêt de cassation du 24 novembre 1869 [1].

493. Enfin, ne doit-on pas considérer comme radicalement nul, du moins en ce qui concerne l'officier public, l'acte où il se trouve avoir un intérêt personnel, et qui est en conséquence frappé de nullité (n° 474), suivant l'interprétation généralement admise de l'article 8 de la loi sur le notariat? La négative a été jugée par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 10 février 1851, qui a cru devoir appliquer à cette hypothèse, comme à toute autre, les dispositions des articles 8 et 68 combinés, et valider en conséquence comme acte privé l'acte revêtu de la signature de toutes les parties, sauf à prendre en considération l'intérêt personnel du notaire, si l'acte venait à être impugné pour cause de dol ou de fraude. Mais la Cour de cassation a consacré la doctrine contraire, par deux arrêts de cassation, tous deux du 15 juin 1853, en se fondant sur cette grave considération que « si l'acte public, nul pour incompétence ou incapacité

[1] Voyez cependant en sens opposé une dissertation remarquable de M. Vaugeois, professeur à la Faculté de droit de Nancy. *Du sort des actes sous seing privé, non conformes aux prescriptions du Code.* Nancy, 1873.

« de l'officier public, vaut comme écriture privée, s'il est « signé des parties contractantes, ces dispositions, établies « en faveur des parties qui ne doivent pas être victimes de la « faute du notaire, ne peuvent être invoquées que par elles « et jamais par le notaire, dont la loi qu'il a violée n'a pu « vouloir sauvegarder les intérêts nés de l'acte même où « cette violation a eu lieu. » Il faut donc reconnaître que l'acte notarié constatant une convention dans laquelle l'officier rédacteur est intéressé, devient suspect de fraude, et ne peut dès lors valoir même comme acte sous seing privé [1].

494. On peut donc distinguer quatre hypothèses bien distinctes :

1° L'acte est reçu par un officier capable et compétent, et revêtu de toutes les formes intrinsèques voulues par la loi ; — alors il fait pleine foi.

2° Il est signé des parties ; mais il est reçu par un notaire destitué ou incompétent, ou bien il y manque une formalité importante, mais non constitutive de l'authenticité, telle que l'insertion des noms des témoins ; — alors il a besoin d'être vérifié, mais, comme il a l'apparence de l'authenticité, il est dispensé des règles spéciales aux écrits privés, notamment de la théorie des doubles.

3° L'acte est signé des parties, mais il est reçu par un officier radicalement incompétent, ou bien il y manque la signature du notaire ; — alors, n'ayant pas même l'apparence de l'authenticité, il ne peut valoir que comme écrit purement privé, soumis à toutes les règles applicables à cette nature d'écrits.

[1] Suivant l'un des arrêts rendus, le 25 juin 1853, par la chambre civile, l'acte serait tellement nul qu'il ne pourrait pas même servir de commencement de preuve par écrit. Mais il nous semble que c'est là une exagération de rigueur, le législateur de ventôse n'annulant point la convention entre le notaire et son client, et les termes de l'acte pouvant être de nature à la rendre vraisemblable.

4° L'acte vicieux n'est pas même signé des parties ; — alors il ne peut valoir évidemment, ni comme acte public, ni comme acte privé, sauf à établir, s'il est possible, par d'autres voies, l'existence de la convention. Même décision, du moins au regard de l'officier, lorsqu'il s'agit d'un acte où il se trouve avoir un intérêt personnel.

§ 3. FORMES EXTRINSÈQUES DES ACTES NOTARIÉS.

SOMMAIRE. — 495. Formalités nécessaires pour l'exécution. — 496. Signature du notaire, dans toute expédition. — 497. Formes spéciales pour les expéditions exécutoires. — 498. Origine de *l'exécution parée*. — 499. Sceau; son importance autrefois. — 500. Formule exécutoire. Variations de la législation à cet égard. L'observation des décrets de 1852 et de 1870 est-elle prescrite à peine de nullité? — 501. Légalisation. — 502. Enregistrement.

495. Les formalités dont il nous reste à parler ont beaucoup moins d'importance, puisqu'elles n'ont pas trait à la foi de l'acte en lui-même, mais seulement à sa force extérieure. Les formalités intrinsèques suffisent, en effet, pour la validité de la minute, qui est l'original auquel on doit recourir en cas de contestation. C'est seulement lorsqu'on veut exécuter qu'il devient nécessaire de se faire délivrer une expédition revêtue de certaines formes additionnelles, la minute restant entre les mains du notaire. Cette règle est commune d'ailleurs aux jugements, qui ne s'exécutent pas sur la minute, mais sur une expédition délivrée par le greffier. Le texte du Code de procédure (art. 811) ne fait exception à cette règle que pour les ordonnances de référé, dont le juge peut autoriser, au cas d'absolue nécessité, l'exécution sur la minute. Plusieurs décisions de la jurisprudence (Rej., 10 janvier 1814; Nîmes, 1er avril 1838) autorisent les juridictions ordinaires à procéder de même, lorsqu'il y a urgence bien constatée; et il faut avouer que se refuser à accélérer ainsi l'action de la justice, quand la nécessité l'exige, ce serait sacrifier le fond à la forme. Mais cette décision ne doit pas s'étendre aux actes notariés, dont

l'exécution est difficilement de nature à exiger célérité. On n'exécute ces actes que sur la *grosse*, ainsi nommée par opposition à la *minute*, parce qu'on l'écrit en plus gros caractères [1].

496. Une formalité essentielle à toute expédition, qu'elle soit ou non destinée à être exécutée, c'est la signature du notaire, sans laquelle rien ne constaterait que l'écrit émane du dépositaire légal de la minute.

497. Voyons quelles sont les formes spécialement exigées pour les expéditions exécutoires.

498. L'*exécution parée*, expressions qui viennent, suivant Loyseau, de celles qu'emploie le Digeste (L. 40, pr., D., *De minorib.*) : *Parta ex causa judicati persecutio*, dont on a fait par corruption *persecutio* ou *executio parata*, n'était attachée dans l'origine qu'aux jugements. Les notaires étant primitivement, ainsi que nous l'avons vu, des délégués de l'autorité judiciaire, on imagina de se faire condamner à l'avance par eux, en avouant la dette : ce qui donnait à l'acte volontaire l'autorité d'une sentence. L'ordonnance de 1539 (art. 65), supprimant ces circuits frustratoires, disposa que les lettres obligatoires passées sous le scel royal seraient exécutoires sur tous les biens meubles et immeubles des obligés. (Voy. Loyseau, *De la garantie des rentes*, ch. XII.) Toutefois, lors même que les actes notariés cessèrent d'avoir un caractère judiciaire, on laissa subsister l'intitulé primitif, qui devint commun aux jugements et à ces actes. Au surplus, l'ordonnance de 1539 n'était pas exécutée dans toute la France. Il y avait des ressorts où les actes notariés n'étaient exécutoires qu'en vertu de lettres de chancellerie ou de commissions du juge délivrées au greffe. C'est seule-

[1] Les notaires étaient tenus primitivement de grossoyer eux-mêmes leurs actes; ce ne fut que par des lettres patentes du 1er septembre 1541 qu'ils furent autorisés à employer le ministère de leurs clercs.

ment la loi du 6 octobre 1791 (tit. II, sect. 2, art. 13 et 15) qui a rendu exécutoires dans toute l'étendue du territoire nationa les actes revêtus du même intitulé que les jugements et les lois [1].

499. D'après l'ordonnance de 1539, le sceau, qui, dans l'origine, était la plus importante des formalités intrinsèques, puisqu'il remplaçait, nous l'avons vu (n° 485), la signature du notaire, était devenu une formalité purement extrinsèque; mais nécessaire pour l'exécution. Dans la suite, on ne considéra plus la nécessité du sceau que comme une exigence purement fiscale, et tout se borna à l'acquittement de certains droits. « Il n'est plus d'usage aujourd'hui », dit Pothier (*Traité de la procédure civile*, part. IV, ch. II, sect. 2, art. 1er, § 4), « d'apposer aucun sceau aux jugements ou « actes par-devant notaires; il suffit, pour pouvoir exécuter « en vertu de ces actes, que le droit de sceau ait été acquitté, « et qu'il en soit fait mention sur l'expédition de l'acte en « vertu duquel on saisit. » Les droits de sceau ont été abolis par la loi du 19 décembre 1790. Le sceau dont parle la loi de ventôse (art. 27) n'est plus maintenant qu'un signe de reconnaissance, utile, à la vérité, pour rendre le faux plus difficile [2], mais dont l'absence ne saurait mettre obstacle à l'exécution d'un acte non suspect. C'est ainsi que la Cour de Lyon a validé, le 7 mai 1825, un emprisonnement effectué sur le vu de l'expédition d'un jugement qui n'était pas revêtu du sceau du tribunal. Ce n'est que pour les actes du gouvernement que le sceau a de l'importance comme marque de l'autorité publique [3] : aussi la contrefaçon du sceau de

[1] La loi hessoise du 31 décembre 1829 et le nouveau Code vaudois (art. 540) permettent de rendre exécutoires les actes sous signature privée.

[2] Il présente surtout de l'importance dans les relations internationales, où la vérification du sceau d'un tribunal ou d'un notaire étranger établit *prima facie* la sincérité de l'acte. (M. Greenleaf, tom. I, p. 7.)

[3] Encore faut-il reconnaître que le sceau de l'État n'est point apposé à

l'État est-elle punie des travaux forcés à perpétuité. (C. pén., art. 139).

500. Au contraire, l'intitulé portant le nom du souverain, qui commence l'acte, et le mandement aux officiers de justice, qui le termine, sont exigés, à peine de nullité de l'exécution, par le Code de procédure civile. « Nul jugement ni acte », dit l'article 545 de ce Code, « ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé « que les lois et ne sont terminés par un mandement aux « officiers de justice. » La loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. 2, art. 14) avait établi une formule exécutoire, tout à fait analogue à celle qui est en vigueur aujourd'hui. Mais cette formule n'avait pas survécu à l'abolition de la royauté, prononcée par la loi du 22 septembre 1793, et dans l'intervalle qui s'est écoulé entre cette loi et celle du 25 ventôse an XI, qui a prescrit de nouveau l'emploi de la formule exécutoire (art. 25), il a pu être procédé valablement à l'exécution (Cass., 25 mai 1807 et 8 août 1808) en l'absence de l'intitulé et du mandement. Aujourd'hui c'est cette formule qui est, pour ainsi dire, le cachet de l'autorité publique, et le défaut de toute formule exécutoire mettrait obstacle à la force extrinsèque de l'acte. Aux termes du décret du 16 septembre 1870, la forme actuellement requise commence par l'intitulé : « La République française, au « nom du peuple français », et se termine ainsi : « En conséquence, la République mande et ordonne », etc.

La formule exécutoire a été nécessairement modifiée chaque fois qu'il y a eu un changement dans la forme du gouvernement. Mais fallait-il rectifier après coup les expédi-

tous les actes de l'autorité, qu'il serait d'ailleurs difficile d'imiter, même en contrefaisant le sceau. La sévérité du Code pénal est une tradition de l'ancienne jurisprudence, qui punissait ce crime de mort, comme emportant *lèse-majesté au second chef*.

tions délivrées sous un autre régime, pour y introduire un intitulé en harmonie avec le régime nouveau? Une ordonnance du 30 août 1815, contraire à un avis du Conseil d'État du 2 frimaire an XIII, auquel s'était conformée la pratique antérieure, prescrivit la rectification des grosses délivrées au nom d'autorités considérées alors comme usurpatrices, et n'en permit l'exécution qu'autant que l'intitulé en serait rétabli au nom du souverain actuel. Lors de la révolution de Juillet, bien qu'une ordonnance du 16 août 1830 eût établi une nouvelle formule exécutoire, une circulaire du garde des sceaux du 20 décembre 1830 revint à la première pratique, beaucoup plus raisonnable, qui respectait le caractère des faits accomplis, en laissant subsister la formule exécutoire dont les grosses antérieurement délivrées se trouvaient revêtues. Mais les gouvernements postérieurs, bien que se fondant sur le principe de la volonté nationale, et non sur celui de la légitimité, ne se sont pas montrés moins exclusifs que celui de la Restauration. Une disposition de l'arrêté du 13 mars 1848, reproduite par le décret du 2 décembre 1852 (art. 3 et 4) et par celui du 6 septembre 1870, prescrit aux porteurs de grosses et expéditions délivrées avant le nouveau régime, de les présenter, avant de les faire mettre à exécution, aux greffiers et notaires, qui ajoutent, sans frais, la formule nouvelle à celle dont l'acte était précédemment revêtu [1]. Il est à remarquer cependant qu'à la différence de l'ordonnance de 1815, ni l'arrêté de 1848 ni les décrets de 1852 et de 1870 ne déclarent statuer à peine de nullité. Cette nullité doit-elle être suppléée? La Cour de Paris a jugé une première fois l'affirmative, le 20 janvier 1849, en se fondant sur ce que la formule exécutoire donne seule la puissance légale aux officiers ministériels.

[1] La même mesure a été prescrite, pour les pays italiens réunis à la France, par le décret du 12 juin 1860. (Art. 3.)

Mais il est facile de répondre que l'emploi de telle ou telle formule n'équivaut nullement à l'absence de toute formule. Nous pensons donc que la Cour de Paris est rentrée dans les vrais principes lorsqu'elle a décidé, au contraire, le 3 janvier 1852, qu'en l'absence de toute pénalité, on doit considérer le défaut de renouvellement de la formule comme une simple infraction disciplinaire, qui ne saurait vicier les actes d'exécution.

501. Comme il y avait autrefois autant de souverainetés judiciaires distinctes qu'il y avait de parlements, lorsqu'on voulait exécuter un acte au delà du ressort où il avait été rendu, il fallait obtenir un *pareatis* du grand sceau de la chancellerie royale, ou du moins un *pareatis* spécial de la chancellerie du parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter. Si cette exécution devait être bornée à une certaine localité, on se contentait du *visa* du juge du lieu, mis au bas d'une requête. L'Assemblée constituante, en établissant l'unité judiciaire comme l'unité administrative, dut supprimer ces derniers vestiges de souveraineté locale, et déclara, par la loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. 2, art. 13 et 15), que les actes des notaires seraient exécutoires dans tout le royaume, sans aucun visa ni scel : ce qu'a répété formellement l'article 547 du Code de procédure.

Toutefois, d'après cette même loi de 1791 (*ibid.*, art. 18), et d'après l'article 28 de la loi actuelle sur le notariat, la légalisation [1], c'est-à-dire l'attestation par le président du tribunal de l'arrondissement ou par le juge de paix du canton [2] où est délivrée l'expédition, que la signature du notaire

[1] Formalité très-ancienne, puisqu'on trouve dans le Trésor des chartes une copie des statuts des tailleurs de Montpellier, à la date de 1323, signée par deux notaires royaux, dont les signatures sont légalisées par un juge royal et par un official (juge ecclésiastique).

[2] D'après la loi du 20 avril 1861, la législation peut être donnée, non

est bien véritable, devient nécessaire, toutes les fois qu'on veut employer l'acte au delà de certaines limites. Ces limites sont le ressort de la Cour d'appel pour les notaires établis au chef-lieu de cette Cour, et l'étendue du département pour tous les autres notaires. La légalisation ne doit pas se confondre avec le *pareatis*, puisqu'elle existait déjà autrefois, indépendamment de cette formalité, qui ne pouvait en tenir lieu. En effet, la légalisation était donnée comme elle l'est aujourd'hui, par le juge du lieu où avait été passé l'acte, tandis que le *pareatis* était délivré par le pouvoir central, ou par le magistrat du lieu de l'exécution. Le *pareatis* n'était exigé que pour les grosses ; la légalisation, qui a trait à la sincérité de l'acte, était et est encore requise pour tout brevet ou expédition, même non exécutoire, que l'on veut employer au delà des limites déterminées par la loi. Enfin, quant à ces limites, la légalisation n'est exigée (loi de vent., art. 28), même en ce qui touche les notaires d'arrondissement et de canton, qu'autant qu'il s'agit d'employer l'acte au delà, non pas de l'arrondissement ou du canton, mais du département : preuve évidente qu'il s'agit, dans cette institution, du plus ou moins de notoriété de la signature du notaire, et nullement de la force exécutoire. Aussi l'absence de légalisation ne peut-elle mettre obstacle à l'exécution qu'autant que la partie défenderesse élève des doutes sur la signature, et exige une grosse légalisée. Mais, une fois la saisie, par exemple, opérée sans réclamation, on ne peut l'annuler à raison de ce vice de forme. Un arrêt de rejet du 10 juillet 1817 n'a considéré avec raison l'obstacle résultant de ce vice que comme purement prohibitif.

plus seulement par le président du tribunal civil, mais par le juge de paix ; cette innovation ne fait d'ailleurs que remettre en vigueur l'ancienne pratique, qui autorisait la légalisation par les officiers municipaux du lieu. (Merlin, *Répert.*, v° LÉGALISATION, n° 1.)

Quant aux actes reçus par les officiers étrangers, bien que dûment légalisés suivant les formes du pays, et revêtus de la signature de l'agent diplomatique français, l'exécution ne peut en avoir lieu en France sans un jugement qui l'autorise. (C. de proc., art. 547.) On applique alors de nation à nation ce qu'on appliquait autrefois de province à province.

Il a été jugé toutefois par la Cour d'Aix, le 8 juillet 1840, qu'une procuration reçue devant un officier étranger, n'étant point productive d'obligation, n'a pas besoin d'être déclarée exécutoire. La Cour de Dijon a jugé d'une manière plus générale (3 avril 1869) « que, sans doute, un acte notarié « passé en pays étranger et produit en France n'y est pas « susceptible d'exécution forcée, mais que, quant à la preuve « des faits qu'il est destiné à constater, il jouit en France de « la même force probante que les actes reçus par un notaire « français; que ce principe est la garantie des rapports inter- « nationaux. »

502. Enfin il est une dernière formalité tout extrinsèque, qui n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle avait autrefois. Le contrôle, qui correspondait à notre enregistrement, établi pour les actes notariés dès 1581, avait alors pour objet d'en assurer la date. Aussi était-il incontestable qu'on ne pouvait exécuter sur une expédition non contrôlée. La loi du 19 décembre 1790, en créant l'enregistrement, en avait fait aussi une condition de validité intrinsèque, à défaut de laquelle (art. 9) « l'acte passé par-devant notaires « ne pouvait valoir que comme acte sous signatures pri- « vées. » Mais cette règle était peu en harmonie avec la foi dont jouissent les notaires, foi qui ne peut être raisonnablement subordonnée à l'accomplissement postérieur d'une formalité fiscale. Aussi la loi du 22 frimaire an VII n'a-t-elle pas reproduit cette rigueur. Il résulte de la combinaison des articles 33 et 34 de cette loi que l'absence d'enregistrement

d'un acte notarié ne peut entraîner que la condamnation à une amende (Rej., 23 janvier 1810; Bastia, 26 décembre 1849), tandis qu'il en est autrement pour les exploits d'huissiers.

DEUXIÈME POINT.

Foi des actes notariés, et des actes authentiques en général.

SOMMAIRE. — 503. Principes sur la foi de l'acte authentique. — 504. Écarter les formalités extrinsèques. — 505. Division.

503. En supposant l'acte revêtu de toutes les formalités intrinsèques substantielles, voyons quelle est la foi qui y est attachée. Les principes que nous allons essayer d'établir ne s'appliqueront pas seulement aux actes notariés, mais à tout acte authentique, du moins en matière civile [1]; car nous verrons qu'en matière criminelle la même foi n'est pas attribuée aux déclarations de tous les officiers publics.

504. Nous laissons de côté maintenant ce qui concerne les formalités extrinsèques. Nous n'avons donc pas à nous occuper ici des cas où l'exécution de l'acte peut être arrêtée pour des causes qui n'en attaqueraient pas l'autorité au fond; à rechercher, par exemple, si la faculté d'accorder des délais à un débiteur malheureux (C. civ., art. 1244) peut s'exercer, lors même que le créancier est porteur d'un titre exécutoire. Ce sont là des difficultés qui touchent à l'exercice du droit, et nullement à sa preuve. Si nous devons parler plus tard, quand nous en viendrons à l'inscription de faux, de la suspension de l'exécution (*ibid.*, art. 1319), c'est qu'alors la contestation porte sur la foi de l'acte, et non pas

[1] Nous devons signaler des actes ayant un caractère tout spécial, ceux des cadis en Algérie : ces actes sont bien authentiques, aux termes de l'arrêté du 9 septembre 1830, en ce sens qu'ils font foi des faits y relatés; mais cette foi n'existe que jusqu'à preuve contraire, les musulmans étant demeurés fidèles au vieux principe qui fait de la preuve testimoniale la preuve par excellence. (Rej., 23 novembre 1858.)

simplement sur le plus ou moins de rigueur qui doit présider à l'exécution d'un acte supposé valable.

505. Nos développements sur la foi de l'acte authentique se rattacheront à deux questions bien distinctes : 1° Quelle est, en général, la foi d'un acte de cette nature? 2° quelle foi peuvent mériter les actes secrets destinés à modifier un acte ostensible, ordinairement authentique, c'est-à-dire les contre-lettres?

§ 1. QUE PROUVENT LES ACTES AUTHENTIQUES.

SOMMAIRE. — 506. Point de vérification de l'écriture. — 507. De quels faits l'acte doit faire foi. — 508. Foi à l'égard des tiers. — 508 *bis*. Foi des titres établissant la propriété. — 509. Foi des énonciations entre les parties. — 510. Point de foi à l'égard des tiers. Maxime : *In antiquis enuntiativa probant*. — 511. Maxime : *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*.

506. Rappelons d'abord une distinction fondamentale entre les actes authentiques et les actes sous seing privé : distinction que nous avons signalée en abordant le sujet. (N° 457.) Les actes privés ont besoin d'être vérifiés en justice. Au contraire, l'apparence de l'acte authentique suffit pour faire présumer l'authenticité, sauf la faculté de s'inscrire en faux. Dès lors, en premier lieu, l'acte se prouve lui-même, *acta probant se ipsa*, suivant l'expression de Dumoulin ; en d'autres termes, l'écrit produit en forme authentique fait foi, en ce sens qu'il est présumé être réellement l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente. En supposant maintenant ce premier point constant, voyons quelle foi s'attache au témoignage de l'officier rédacteur de l'acte.

507. Le fonctionnaire qui reçoit un acte auquel il a qualité pour donner l'authenticité, est un témoin revêtu d'un caractère officiel, à l'effet de constater ce qui se passe en sa présence. Cette mission a une haute importance, mais elle est toute spéciale, car il ne peut attester après tout que ce qu'il a vu et entendu dans l'exercice de ses fonctions.

Dumoulin, auquel il faut souvent remonter pour saisir dans son origine[1] la doctrine qui a passé ensuite avec plus ou moins d'altération dans les écrits de Pothier et dans le Code civil, s'exprime en ces termes, dans son commentaire sur la coutume de Paris (tit. 1, § 8, n° 9) : « Quod ego intel-« ligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti, « tempore instrumenti gesti, et in ejus tenore contenti et « affirmati; secus quoad facta vel circumstantias, quæ tunc « nec fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur. » L'authenticité ne s'attache qu'à la constatation des faits dont l'officier a été personnellement témoin dans l'exercice de ses fonctions, *quorum notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus*, suivant les expressions si souvent citées de Dumoulin[2]. (*Ibid.*, § 64.) Cette doctrine a été convertie en loi par l'article 1317 du Code italien, aux termes duquel l'acte public ne fait foi que des faits qui se sont passés en présence de l'officier. Nous y reviendrons en parlant des actes de l'état civil, à l'égard desquels son application soulève de graves difficultés.

En ce qui touche spécialement les actes notariés, la jurisprudence a eu fréquemment l'occasion d'appliquer la théorie de Dumoulin. Et d'abord, lorsque le notaire constate des faits qu'il n'a point qualité pour constater, notamment lorsqu'il affirme, dans la rédaction d'un testament, que le testateur est sain d'esprit[3] (Rej., 27 février 1821),

[1] Nous ne voulons pas dire que ce soit Dumoulin personnellement qui ait créé toute la théorie relative à la foi des actes; mais il a le premier rassemblé et fondu les notions qui se trouvaient éparses et confuses dans les écrits des anciens auteurs.

[2] Il a soin d'ajouter qu'il en serait de même du témoignage des autres sens, du tact, du goût et de l'odorat. C'est ainsi que les dégustations opérées par les *courtiers gourmets-piqueurs de vin* (décret du 25 décembre 1813) ont un caractère authentique.

[3] Le notaire doit refuser de signer le testament, lorsqu'il est convaincu que le testateur ne jouit point de l'intégrité de ses facultés. (Bordeaux, 3 août 1841.)

son attestation n'a aucun caractère officiel. Il faudrait, au contraire, prendre la voie de l'inscription de faux, si, contrairement à l'assertion de l'acte notarié, portant que le testateur a dicté lui-même son testament, on voulait soutenir qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus. (Cass., 19 décembre 1810; Rej., 1er décembre 1851.) D'autre part, l'inscription de faux est inutile lorsque l'on veut contester, non pas le fait de la déclaration, mais la sincérité de cette déclaration. Ainsi, on est recevable à prouver par témoins que le contrat de mariage a été reçu après la célébration du mariage, lorsque l'heure n'a pas été mentionnée dans l'acte, et que le notaire a reçu seulement la déclaration que les contractants avaient la qualité de *futurs époux*. (Rej., 18 août 1840.) Même décision (Rej., 23 décembre 1853; 26 novembre 1858), au cas où l'on demande à prouver, notamment en matière de prêts usuraires, que la numération d'espèces devant l'officier public n'a été qu'un simulacre. « Si la foi est due à l'acte authentique « jusqu'à inscription de faux », dit la Cour de cassation (Rej., 22 novembre 1869), « ce n'est que pour les faits qui « y sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés « en sa présence; mais la sincérité ou la vérité des décla- » rations des parties peut toujours être débattue par la preuve « contraire, et cette preuve peut résulter même de simples « présomptions, alors qu'il s'agit d'établir une fraude à la « personne ou à la loi. »

En général, toutes les fois qu'on articule des faits de fraude, la preuve testimoniale est admissible *de plano* contre toute espèce d'acte (Rej., 12 mars 1839), ainsi que nous l'avons reconnu en parlant de l'admissibilité de la preuve testimoniale. (N° 141.) La Cour de Poitiers a même été jusqu'à décider qu'en pareille hypothèse, l'inscription de faux non-seulement n'est pas nécessaire, mais n'est pas

même admissible (arr. du 13 février 1855) : ce qui nous paraît rationnel, une longue et dispendieuse procédure ne devant pas être introduite là où elle n'est pas indispensable.

Observons, au surplus, que dans les cas même où la déclaration de l'officier ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, il n'est pas toujours permis de prouver par témoins le contraire de ce qui est énoncé dans l'acte. Cette preuve sera, sans doute, recevable lorsqu'il s'agira d'un point complétement en dehors du ministère du rédacteur de l'acte, tel que l'état moral du testateur. Mais lorsqu'il s'agit de circonstances dont l'officier, s'il n'en a pas été personnellement témoin, a dû s'assurer pour la régularité de l'acte, on retombe sous l'empire de la règle qui défend de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes. (C. civ., art. 1341.) C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 3 juillet 1838, en ce qui concerne le domicile des témoins instrumentaires.

508. Mais vis-à-vis de qui l'acte authentique fait-il foi? Si nous nous en rapportions au texte de l'article 1319 du Code civil, il semble que la foi en serait bornée aux parties contractantes, et à leurs héritiers ou ayants cause. Ici, il est vrai, le mot *ayants cause* comprend, de l'aveu de tous, les ayants cause même à titre singulier, tels qu'un acheteur, lequel est incontestablement lié par toute opération translative de propriété émanée de son auteur, dès qu'elle se trouve authentiquement constatée. Mais faut-il s'en tenir là, et admettre que la foi de l'authenticité n'existe pas vis-à-vis des tiers qui ne sont pas ayants cause des contractants; que notamment l'acquéreur, invoquant la prescription de dix ou vingt ans, ne pourra pas, pour établir la date de la vente, opposer un acte authentique à l'ancien propriétaire, qui pourtant n'est nullement l'ayant cause des parties contractantes? Une pareille proposition serait insoutenable. L'un

des plus grands avantages du caractère public dont sont revêtus certains officiers, c'est que leur témoignage a autorité vis-à-vis de tous, et non pas seulement vis-à-vis des parties contractantes ou de leurs ayants cause. On ne peut donc s'en tenir aux termes de l'article 1319.

Maintenant est-il plus exact de dire avec Pothier (*Oblig.*, n° 739), ce qu'on répète souvent d'après lui, que l'acte prouve seulement contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue? Mais l'acte ne prouve pas autre chose contre les parties elles-mêmes. Ce qu'il y a de plus pour les parties que pour les tiers, c'est qu'elles sont obligées. Elles ne le sont toutefois qu'en vertu de la convention, dont l'écrit est la preuve. Et c'est de cette convention qu'il est vrai de dire qu'elle ne peut pas nuire aux tiers. C'est ce qu'a voulu exprimer l'article 1319, qui confond la preuve avec le fond du droit, et qui répète assez inutilement ce que l'article 1165 avait dit beaucoup plus à propos, en parlant de l'effet des conventions, qu'elles n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers, et ne leur profitent point en général. Il est donc inexact de soutenir, soit que l'acte authentique ne prouve rien vis-à-vis des tiers, soit même qu'il prouve moins vis-à-vis d'eux que vis-à-vis des contractants. Il prouve à l'égard de tous ce que le notaire a mission de constater, et rien de plus. « Acta vel quæcumque scripta publica pro-« bant seipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter « quoscumque. » Telles sont les expressions de Dumoulin (*loc. cit.*, § 8), que Pothier a traduites fort inexactement, lorsqu'il a dit que l'acte prouvait *rem ipsam* à l'égard des tiers; car c'est à l'égard de tous que Dumoulin attribue cette force à l'acte, en tant qu'il s'agit de la preuve, *quoad veritatem seu probationem rei gestæ*. Si maintenant, continue ce puissant logicien (*ibid.*, § 10), on examine au fond les

effets de l'acte, c'est-à-dire de la convention, *quoad jus et effectum actus gesti*, alors il est évident qu'il ne peut nuire ni profiter qu'aux parties contractantes, *quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios*. Mais il montre très-bien que ce n'est pas là une question de preuve. « Et ita exponenda sunt dicta doctorum, ubicumque per« functorie et crasse (ut plerumque solent) loquendo, di« cunt instrumentum publicum inter extraneos non probare, « quia ibi verbum probare per catachresin, sive improprie, « pro jus efficere, sive præjudicare accipitur; cæterum vere « et proprie loquendo, publicum instrumentum erga omnes « est æque publicum et probans. » Il est bien à regretter que ce langage grossier, si justement critiqué dès le seizième siècle, se retrouve encore dans le Code civil, où il donne lieu à de fâcheuses confusions. La jurisprudence, du reste, admet, et ne pouvait pas ne pas admettre que l'acte authentique fait foi à l'égard de tous, en réservant seulement la preuve de la fraude, mais non celle de l'erreur. (Bordeaux, 25 août 1810; Amiens, 28 avril 1869.)

508 *bis*. Ne faut-il pas aller plus loin, et reconnaître qu'en ce qui touche l'*établissement de la propriété*, suivant le style des notaires, l'acte a force, même à l'égard des tiers? La question s'est présentée dans la pratique relativement à un acte de partage d'où le demandeur en revendication faisait ressortir l'origine de son droit de propriété. Le défendeur lui opposait l'article 1165, qui veut que les conventions n'aient d'effet qu'entre les parties contractantes. Conformément à la doctrine de Pothier (*Droit de propriété*, part. II, chap. I, art. 3), on juge constamment (Cass., 22 juin 1864; Riom, 4 juillet 1857; Rouen, 1er février 1865), que l'article 1165 n'est opposable au demandeur qu'en tant qu'il s'agirait d'établir une obligation à la charge des tiers en vertu d'un acte qui lui serait étranger. Mais,

lorsque le demandeur se borne à justifier par un titre régulier de la transmission de la propriété en sa faveur, le défendeur ne saurait être recevable à récuser *de plano* l'autorité de ce titre; il ne peut le combattre qu'en lui opposant, soit un autre titre, soit la prescription. « Le droit de propriété », dit la Cour de cassation, « serait perpétuellement ébranlé, « si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à « l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque « de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des con- « trats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité « d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les « tiers. » Nous avons vu (n° 37 *ter*) les mêmes principes consacrés par la Cour de cassation quant à l'autorité des jugements [1].

509. Dans tous les cas, il est prouvé à l'égard de tous, dans un acte authentique, que telles déclarations ont eu lieu devant l'officier public. *Actus plene probat*, dit Dumoulin (*loc. cit.*, § 19), *etiam in enuntiativis*. Peu importe que ces déclarations aient été conçues en termes purement énonciatifs; elles n'en sont pas moins constatées officiellement, et les tiers peuvent en tirer tel parti que de raison, par exemple, prendre acte de cette circonstance que l'un des contractants a pris la qualité d'héritier, même en faisant un acte purement conservatoire. La force de l'acte notarié en tout ce qu'il énonce est telle qu'il fait foi même de la *ponctuation* des phrases qu'il renferme. (Limoges, 14 août 1810.)

Il n'en est point de même en ce qui touche la vérité des faits énoncés. Cette vérité, que l'officier public n'a point qualité pour attester, n'étant établie que par l'aveu des parties qui ont souscrit l'acte, cet aveu doit être sérieux, et

[1] La chambre des requêtes avait rendu en sens contraire un arrêt d'admission (2 juillet 1872); mais la chambre civile a définitivement rejeté le pourvoi, le 17 mars 1873.

n'être point le résultat d'une surprise ou d'une erreur. De là la règle, commune aux actes publics et aux actes privés, et susceptible de s'appliquer également aux déclarations verbales dûment constatées, parce qu'elle se rattache uniquement à l'intention des parties, règle qui veut que l'on distingue, quant à la foi des simples énonciations, si elles ont ou non un rapport direct à la disposition (C. civ., art. 1320), c'est-à-dire à l'objet que les contractants avaient en vue[1]. Si ce rapport existe, la foi de l'énonciation est la même que celle de la disposition principale. « Si quelqu'un », dit Pothier (*Oblig.*, n° 737), « par un acte passe reconnais-« sance d'une rente en ces termes : *reconnaît qu'une telle « maison par lui possédée est chargée envers Robert, présent, de « tant de rentes par chacun an, dont les arrérages ont été payés « jusqu'à ce jour, et en conséquence s'oblige de la lui continuer,* « ces termes, *dont les arrérages ont été payés,* quoiqu'ils ne « soient qu'énonciatifs, et qu'il ne soit pas exprimé que « Robert reconnaît les avoir reçus, font néanmoins foi du « payement contre Robert, partie à l'acte, parce qu'ils ont « un trait au dispositif de l'acte, et qu'il devait être question « dans l'acte de ce qui était effectivement dû des arrérages « de cette rente. » Si, au contraire, ce rapport n'existe pas; si, par exemple, dans l'acte qui constate la vente d'un héritage, le vendeur a énoncé qu'il provenait de telle succession, cette énonciation n'a plus la même force que celle qui concernait les arrérages dans l'espèce précédente, parce que l'attention de l'acheteur ne s'est pas portée sur une circonstance qui n'avait qu'un trait indirect à la convention principale. On ne pourrait donc pas plus tard, en réclamant cet immeuble comme faisant partie de la succession indiquée, se prévaloir contre l'acheteur de ce qu'il a sou-

[1] C'est aux juges du fait qu'il appartient d'apprécier si ce rapport direct existe ou non dans l'espèce. (Rej., 4 mars 1834.)

scrit l'acte où se trouvait cette énonciation incidente. (Pothier, *ibid.*, n° 738.) Cette doctrine remonte encore à Dumoulin : « Actus plene probat », dit-il (*loc. cit.*, § 10), « nedum in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam in « enuntiativis..., in quantum tamen respicit vires et effectum « actus principaliter gesti, secus si de enuntiativis et præ- « sumptionibus instrumenti, seorsum a principali actu, dis- « putaretur : tunc enim tale instrumentum non facit plenam « fidem, sed solum præsumptionem. » Le Code (même art. 1320) dit, dans le même sens : « Les énonciations « étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un « commencement de preuve. » Elles ne suffisent donc pas à elles seules; mais elles peuvent servir d'adminicule, afin de permettre la justification du fait énoncé, à l'aide de la preuve testimoniale. Cette mention se trouve effectivement dans un acte auquel a concouru la partie contre qui on l'invoque, et elle rend ordinairement vraisemblable le fait allégué (*ibid.*, art. 1347), l'homme étant naturellement porté à dire la vérité, surtout si rien ne prouve qu'il ait eu intérêt à la déguiser. Du reste, nous le répétons, la question du plus ou du moins de foi de l'énonciation contenue dans un acte authentique n'est point de nature à augmenter la responsabilité de l'officier public. L'écrit par lui dressé prouve jusqu'à inscription de faux que telle énonciation a eu lieu; c'est au juge à reconnaître, d'après les circonstances (Rej., 18 août 1840), si elle a ou non trait à la disposition principale, et même, en la supposant incidente, si elle pourra servir de commencement de preuve : car la mention pourrait être si peu précise et si vague, qu'on dût lui refuser même cette force subsidiaire.

510. A l'égard des tiers, nous l'avons reconnu, l'acte authentique prouve d'une manière invincible que telles déclarations ont eu lieu devant tel officier; mais ces décla-

rations ne peuvent lier que les parties de qui elles émanent. C'est dans le même sens que l'article 1320 borne aux parties la foi des énonciations, eussent-elles un rapport direct au dispositif de l'acte. Les tiers ne peuvent nier l'existence de ces énonciations, la déclaration du payement des arrérages, dans l'espèce citée par Pothier; ainsi, les créanciers chirographaires du créancier, bien que considérés à certains égards comme des tiers (n° 517), ne sauraient contester l'énonciation, et se trouvent liés par elle, s'ils n'en peuvent constater la fraude. Ici, en effet, la date se trouve établie, à la différence des énonciations d'un acte sous seing privé.

Bien plus, d'après la doctrine qui a prévalu devant la Cour de cassation quant au dispositif de l'acte authentique (n° 508 *bis*), les énonciations contenues dans un acte de cette nature prouvent *prima facie* l'origine de la propriété. Nous avons cité l'arrêt de cette Cour, qui, contrairement à sa jurisprudence antérieure (Rej., 21 janvier 1857), admet le droit d'établir par un acte de partage l'origine de la propriété, même à l'encontre des tiers. (Cass. 22 juin 1864.) Mais il est bien entendu que de pareilles déclarations ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

Ce qui est incontesté, c'est que les dispositions énonciatives, pas plus que les dispositions principales, ne sauraient établir directement une charge au préjudice d'un tiers. On l'admettait cependant dans l'ancienne jurisprudence, du moins lorsque l'énonciation était soutenue par la possession aux termes de la maxime *In antiquis enuntiativa probant*, maxime qui, suivant Toullier (tom. VIII, n°s 64 et suiv.), serait encore en vigueur sous l'empire du Code civil. Dumoulin enseigne, en effet, que les énonciations, même incidentes, font foi dans les actes anciens, et au préjudice même des tiers. « In antiquis », dit-il (*loc. cit.*, n° 76), « verba enuntiativa « plene probant, etiam contra alios, et in præjudicium

« tertii...., etiam si essent incidenter et propter aliud pro-
« lata, ut enuntiatio confinium. » Cette doctrine n'était pas admise sans contradiction. (Mascardus, Concl. 106, *in fine.*) Pour concilier les opinions opposées sur ce point, Cravettus (*De long. temp.*, part. Ire, chap. IV, n° 8) distinguait s'il s'agissait pour les tiers d'un préjudice grave ou d'un préjudice léger. Dans le premier cas, l'énonciation ne faisait qu'une demi-preuve vis-à-vis des tiers. Sans s'expliquer sur cette distinction un peu arbitraire, Pothier (*Oblig.*, n° 740) reproduit sur un autre point la doctrine de Cravettus (*De long. temp.*, *ibid.*, n° 20); il admet la pleine foi des énonciations, lorsque ces énonciations, s'il s'agit d'un droit réel, sont soutenues par une longue possession[1]. Ainsi, du temps de Pothier, l'énonciation d'un droit de vue dans un acte ancien, bien que cet acte fût tout à fait étranger au propriétaire du fonds prétendu asservi, pouvait établir l'existence de ce droit, s'il y avait longue possession, même sous l'empire de coutumes qui, comme celle de Paris, considéraient le droit de vue comme imprescriptible. Comment concevoir cette doctrine de la part d'un esprit aussi juste que celui de Pothier, et chez un logicien aussi serré que Dumoulin, qui a soin de nous dire lui-même (*ibid.*, n° 76) : « Non potest antiquitas de novo inducere in totum probatio-
« nem, quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est,
« coadjuvare? » On peut comprendre, sinon la théorie de Dumoulin[2], du moins l'opinion de Cravettus et de Pothier,

[1] Le laps de temps exigé pour cette ancienneté, pour cette longue possession, n'était pas une des moindres difficultés de la matière. Il y avait une extrême divergence dans les opinions des auteurs sur ce point, depuis celle qui se contentait de dix ans, jusqu'à celle qui exigeait un siècle. (Voy. Dumoulin, *ibid.*, nos 81 et suiv.) Le Code, là où il s'attache à l'ancienneté (art. 1335 2°, et 1337), s'est fixé à la limite de trente ans.

[2] La théorie de Dumoulin n'est pas aussi absolue qu'on pourrait le croire, en isolant le passage que nous avons cité : *In antiquis verba enuntiativa plene probant.* Ce jurisconsulte dit également (même n° 76) :

si l'on s'attache à cette idée que les énonciations émanées de tiers avaient dans l'ancienne jurisprudence plus d'effet qu'elles n'en ont aujourd'hui. Nous avons vu (n° 165) qu'elles pouvaient servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'on se contentait jadis d'un adminicule quelconque pour autoriser la preuve testimoniale. Or, la présomption fondée sur la longue possession était admise, comme elle l'est encore, là où la preuve par témoins était admissible. Elle était même, en matière de servitudes, un correctif de la règle coutumière : *Nulle servitude sans titre.* Mais aujourd'hui l'opinion des auteurs qui voulaient que le commencement de preuve par écrit émanât de la partie adverse, a été convertie en loi. (C. civ., art. 1347.) Les énonciations sont dès lors complétement nulles en tant qu'il pourrait en résulter une charge à l'encontre des tiers. Dumoulin et Pothier décideraient donc aujourd'hui que pareille mention, dénuée de tout effet obligatoire vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas souscrit, ne saurait acquérir par le temps la force qui lui manque. *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem quæ nulla est.*

Il faut dès lors reconnaître dans le droit actuel que, les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes étant déclarées par la loi imprescriptibles (C. civ., art. 691), on ne saurait en établir l'existence par la possession même trentenaire, combinée avec une déclaration contenue dans un ancien titre, si cette déclaration est étrangère au propriétaire du fonds prétendu servant. Toullier n'est pas non plus allé jusque-là, bien qu'il croie encore en vigueur la maxime *In antiquis enuntiativa probant.* Mais il l'applique aux énonciations sur l'âge, sur la parenté, qui se trouvent dans

In quantum autem antiquitas coadjuvet, totum id in arbitrio judicis situm est; ce qui rentre dans la faculté plus large d'appréciation qui appartenait autrefois aux juges.

des actes anciens passés entre des tiers. S'il voulait seulement dire par là que, lorsque les juges peuvent se déterminer par des présomptions, ces mentions doivent avoir de la force, et qu'elles peuvent en fait en avoir d'autant plus qu'elles se trouvent dans des actes plus anciens, qui prêtent moins à la fraude, son assertion n'aurait rien que de plausible. Mais quand il va jusqu'à dire (tom. VIII, n° 166) que telle énonciation, qui serait considérée comme non avenue dans un acte récent, pourra servir à prouver l'état des personnes, si elle est renfermée dans un acte ancien, ce qui mènerait à reconnaître que la filiation, même naturelle, pourrait résulter d'indices puisés dans un acte de cette nature, il transporte dans notre législation des idées qui ne sont plus en harmonie avec le droit moderne[1]. Si, comme nous le verrons en parlant de la preuve littérale au second degré, le Code civil (art. 1335 2°, et art. 1337) a quelquefois donné plus de force à des écrits anciens, le soin qu'il a pris de spécialiser les cas où il s'attache ainsi à l'ancienneté montre bien qu'il n'entend pas établir d'une manière générale que les actes, comme les vins, acquièrent une nouvelle force en vieillissant. Si cela était vrai d'ailleurs, il faudrait, comme jadis, décider de même en toute matière, tandis que Toullier établit une distinction tout à fait déraisonnable entre ce qui touche les droits réels et ce qui est relatif à l'état des personnes. C'est faire justice soi-même d'une doctrine, que de reculer ainsi devant les conséquences qui en découlent forcément.

511. Un autre vieil adage, qui se rattache intimement au premier, c'est celui qui veut que les actes anciens soient présumés revêtus de toutes les solennités requises : « In

[1] Il n'est plus possible de dire aujourd'hui, avec Mascardus (Concl. 103, n° 12) : *In factis antiquis non requiri exactam et plenam probationem, ut in novis et recentibus exigitur, sed leviores probationes sufficere.*

antiquis omnia præsumuntur solemniter acta. » (Dumoulin, *ibid.*, nos 75-79.) Cet adage ne s'entendait pas, du reste, en ce sens que l'ancienneté pût faire considérer comme non avenues les nullités qui apparaîtraient évidemment dans les actes, mais en ce sens seulement que, dans le doute, elle devait faire supposer l'observation de toutes les formes requises. *Facit præsumi,* dit Dumoulin, *solemnitatem requisitam intervenire, quamvis non appareat.* C'est ainsi qu'il est entendu dans la jurisprudence anglaise et américaine, où il est encore en vigueur. (M. Greenleaf, tom. I, p. 25 et suiv.) Lorsqu'un acte sous seing privé a trente ans de date, les témoins qui l'ont souscrit, ainsi que nous le verrons, suivant l'usage du pays, sont présumés décédés, et dès lors, tous ou quelques-uns fussent-ils vivants, il n'y a point lieu de les faire entendre à l'appui de l'acte, lequel est réputé régulier[1]. De même, lorsque des officiers publics ont reçu mission de vendre des biens suivant certaines formalités, qui chez les Anglais n'ont pas besoin d'être constatées dans l'acte, au bout de trente ans, il n'est plus besoin de justifier de l'observation de ces formalités. Ces deux applications de l'ancienne maxime ne sauraient avoir lieu dans notre droit : la première, parce qu'il n'est pas d'usage chez nous d'appeler des témoins aux actes privés ; la seconde, parce que le droit français prescrit, à peine de nullité, dans les actes publics, la mention des formalités importantes. Il n'est évidemment point permis de considérer comme équivalant à cette mention le fait seul que l'acte aurait vieilli.

Dans les législations, comme celles de Rome et d'Angleterre, où l'on a recours à la preuve testimoniale pour établir l'observation des formes, la mention des formalités

[1] Toutefois cette présomption est moins absolue dans la doctrine anglaise qu'elle ne l'était chez nos anciens auteurs ; elle a besoin d'être corroborée par quelques adminicules.

qui se rattachent à des formalités précédentes, fait naturellement présumer l'existence de ces dernières formalités, sans qu'il soit besoin d'en justifier par témoins. Ainsi, dans les textes sur lesquels nos vieux interprètes ont appuyé leur adage, et notamment au § 17 *De inutilibus stipulationibus*, aux Institutes de Justinien, on suppose qu'un écrit mentionne que telles parties se sont réunies et qu'une *promesse* est intervenue; la mention de la promesse fait supposer l'interrogation précédente, nécessaire pour la validité de la stipulation : « *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem,* « *perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum* « *sit.* » Comme le fait justement observer M. Greenleaf (*loc. cit.*), ce n'est là que l'application de cette maxime de raison : *Probatis extremis præsumuntur media.* Et cette présomption existe également chez nous pour les formalités dont la loi n'exige pas la mention. Ce qu'ont ajouté nos anciens auteurs, suivis par la pratique anglaise, c'est la fixation d'un temps au bout duquel l'acte se trouve protégé par cette présomption. Cette fixation est tout à fait étrangère au droit romain, et par cela seul qu'elle n'est point reproduite dans notre législation moderne, elle y est inadmissible.

On voit que, suivant notre pratique, la maxime *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta* serait beaucoup trop rigoureuse, s'il s'agissait de formalités dont la mention n'est pas exigée, et dont il faut supposer l'observation, quelle que soit la date de l'acte; qu'elle serait beaucoup trop relâchée, au contraire, là où certaines mentions sont prescrites à peine de nullité. Ici Toullier (tom. VIII, n° 163) commet une grave erreur, lorsqu'il dit que cette maxime, qu'il semble approuver en principe, ne peut plus guère recevoir d'application, maintenant que l'action en nullité se prescrit par dix ans. (C. civ. art. 1304.) La restriction à dix ans de l'action en nullité ne concerne que les vices du consente-

ment au fond : l'erreur, la violence, le dol, l'incapacité; elle n'a nullement trait à l'absence des formes prescrites pour la validité d'un acte. Toutes les fois que des formes de cette nature n'auront pas été mentionnées, comme elles devaient l'être, l'acte sera radicalement nul, quelle qu'en soit l'ancienneté. Jamais on ne sera reçu à en réclamer l'exécution. Seulement, si en fait il a été exécuté, on ne sera plus recevable à revenir sur l'exécution après trente ans; non qu'elle ait couvert le vice de forme, mais parce que l'action en répétition de l'indû est elle-même prescriptible, comme elle le serait au cas où il n'y aurait pas eu même l'apparence d'un acte. Il ne faut donc pas se rejeter sur la prescription de dix ans, tout à fait étrangère au sujet qui nous occupe; il faut attaquer de front la maxime *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, et reconnaître qu'il ne peut plus en être question dans notre droit, où elle n'a pas même laissé de traces, comme la maxime précédente.

§ 2. QUELLE EST LA FOI DES CONTRE-LETTRES [1].

SOMMAIRE. — 512. Foi de l'acte ostensible, secrètement révoqué. — 513. Ce que c'est qu'une *contre-lettre*. — 514. Effet des contre-lettres entre les parties. — 515. Elles ne peuvent nuire aux tiers. — 516. Que faut-il entendre ici par *tiers*? — 517. Droit des créanciers chirographaires. — 518. Distinction de la doctrine sur les contre-lettres et du principe de la publicité. — 519. Faculté pour les tiers d'invoquer la contre-lettre. — 520. Effet vis-à-vis de la régie d'une contre-lettre portant augmentation de prix. — 521. Cas où une diminution est stipulée. — 522. Contre-lettres en matière de conventions matrimoniales. — 523. En matière de cession d'office. — 524. Déclaration de command. — 525. Délai de vingt-quatre heures vis-à-vis de la régie pour les contre-lettres revenant sur une mutation. — 526. L'explication d'une convention antérieure n'est pas une contre-lettre.

512. Non-seulement les actes dûment rédigés ont force probante à l'égard de tous, lorsque ces actes sont l'expression sincère de la volonté des parties; le législateur va plus loin : il veut qu'à certains égards les dispositions ostensibles

[1] On peut consulter le *Traité des contre-lettres* par M. Plasman (2e édition, 1839), résumé consciencieux des documents sur cette matière, mais où l'auteur procède trop souvent par questions détachées, sans fondre et coordonner suffisamment sa doctrine.

de ces actes, bien que secrètement révoquées, conservent toute leur validité. Il fait ainsi prévaloir, dans un intérêt d'ordre et de sécurité sociale, l'apparence sur la réalité.

513. Le mot *contre-lettre*, dans son acception primitive, conforme à l'étymologie, désignait tout acte qui en modifie un premier, soit que les clauses modifiées n'aient jamais été sérieuses dans l'intention des parties, soit que les parties y renoncent après coup. C'est ainsi que Domat (liv. III, tit. VI, sect. 2, § 14) qualifie de contre-lettre la convention par laquelle un acheteur déclare faire remise après coup à son vendeur de l'obligation de garantie. Aujourd'hui, sauf l'exception que nous signalerons, la loi entend par contre-lettre un écrit destiné à demeurer secret, qui annule ou modifie les clauses d'un acte ostensible. L'acte sur lequel les parties reviennent au moyen de la contre-lettre, est le plus souvent un acte authentique; c'est pour cela qu'on a rattaché cette matière à l'authenticité. Mais il pourrait s'agir aussi d'un acte privé ayant acquis date certaine, et susceptible dès lors de produire effet vis-à-vis d'autres que les signataires. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 40.) Il n'y a pas lieu non plus à examiner, comme autrefois, si la contre-lettre elle-même est un acte authentique ou privé, afin d'attribuer effet à celle qui serait rédigée dans la première forme. Un acte notarié est tout aussi secret qu'un acte privé, et puisque l'on voulait protéger les tiers, toute distinction devait être rejetée[1]. Il suit de là qu'une contre-lettre faite par acte privé n'acquerrait point plus de force parce qu'elle aurait date certaine. Aussi un arrêt de la Cour de Paris qui avait donné effet à une contre-lettre de cette nature, comme ayant acquis date certaine par la mort du

[1] L'article 1319 du Code italien ne limite l'effet des contre-lettres qu'autant qu'elles sont faites par acte sous seing privé.

signataire [1], a été cassé le 20 avril 1863, « attendu que les « contre-lettres n'ont d'effet contre les parties contractantes « qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire de ceux qui ne les ont « pas souscrites, elles ne peuvent prévaloir sur les actes, « soit authentiques, soit sous seing privé, auxquels elles « dérogent; qu'il n'importe, vis-à-vis de ces tiers, qu'elles « aient acquis une date certaine, cette date ne pouvant, « comme les contre-lettres elles-mêmes, avoir d'effet que « contre ceux de qui elles émanent ou leurs ayants cause. »

Peu importe également que la contre-lettre soit souscrite, ainsi que cela arrive d'ordinaire, en même temps que l'acte ostensible, ou seulement après un certain intervalle. C'est aux juges à apprécier, d'après les circonstances, si, dans l'intention des parties, les deux actes (c'est-à-dire ici les deux conventions) étaient destinés à se confondre, ou s'il y a eu un changement fait après coup de bonne foi.

514. « Les contre-lettres », dit l'article 1321 du Code civil, « ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties « contractantes. »

Sans doute, aux yeux d'une morale rigide, les simulations doivent être complétement réprouvées. Pline le Jeune nous dit (liv. V, lett. 1), en parlant d'un arrangement de cette nature qu'on lui avait proposé : *Respondebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto.* Et il n'est que trop vrai que souvent les contre-lettres sont destinées à couvrir des fraudes, et surtout des fraudes aux droits du fisc. Cependant il peut y avoir des circonstances où l'emploi de pareils moyens n'a rien de blâmable. Un père peut vouloir avantager l'un de ses enfants, sans dépasser la quotité disponible, mais en dissimulant sa libéralité, pour éviter les

[1] C'est ainsi que les contre-lettres avaient été envisagées par l'article 2267 du Code de Parme et de Plaisance.

querelles que ferait naître de la part des intéressés la connaissance de cet avantage. Dans cette circonstance, comme dans toute autre semblable, une contre-lettre est licite entre les parties : doctrine en parfaite harmonie avec celle qui maintient les libéralités déguisées jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et que l'on admet généralement aujourd'hui sous l'empire du Code civil (art. 911), quelque contestable qu'elle soit en législation.

La Cour de cassation (Rej., 20 décembre 1852) a appliqué cette doctrine aux contre-lettres modifiant les conditions, fixées par acte notarié, d'une société de commerce, malgré les principes spéciaux du droit commercial (n° 185), qui prononcent la nullité des conventions non publiées, même dans les rapports des associés. Que s'il s'agissait d'un acte complétement irrévocable, tel que l'adoption (Rej., 14 juin 1869), les contre-lettres ne pourraient avoir effet, même entre les parties.

515. Dans l'ancien droit, le sens du mot *contre-lettre* n'étant pas encore fixé d'une manière bien précise, et pouvant par conséquent comprendre des conventions non suspectes, on n'avait point prononcé d'une manière générale la nullité de pareils actes vis-à-vis des tiers, comme semble le supposer un arrêt de la Cour de Trèves, du 22 février 1806. Il est plus exact de dire, avec Merlin (Répert., v° CONTRE-LETTRE, n° 3), que la justice les voyait d'un œil défavorable. On trouve seulement le germe du principe consacré par le Code dans un acte de notoriété certifié par les gens du Roi du parlement d'Aix, en date du 2 juillet 1698, et conçu en ces termes :

« Les contre-lettres ou déclarations volantes, secrètes et « clandestines, qui ne sont point couchées et insinuées dans « les registres des notaires, quoique reçues par ces officiers, « n'ont leur effet et leur date que du jour de l'enregistre-

« ment, à l'égard des tiers, et n'ont hypothèque que du « jour qu'elles ont été enregistrées. »

L'article 1321 du Code décide d'une manière plus générale que les contre-lettres *n'ont point d'effets contre les tiers.*

516. Or, que faut-il entendre par *tiers?* Cette expression a-t-elle ici la même signification que nous lui avons donnée, lorsque nous disions, dans le paragraphe précédent, que les conventions constatées par un acte, même authentique, lient les contractants, mais ne lient pas les tiers? Nous entendions alors par tiers ceux qui sont *penitus extranei,* comme le voisin sur le fonds duquel je déclarerais avoir une servitude. Mais les successeurs, même à titre particulier, tels que les tiers acquéreurs, sont incontestablement liés par les conventions de leur auteur, pourvu qu'elles soient légalement constatées. Ils ne sont donc pas des tiers, mais des ayants cause, dans le sens de l'article 1319 du Code civil : ce qui est authentiquement prouvé vis-à-vis du vendeur, l'est également vis-à-vis de l'acheteur. Tel n'est pas le sens du mot *tiers* en matière de contre-lettres. Il ne s'agit plus alors des personnes complétement étrangères aux contractants, personnes à qui ni l'acte apparent ni la contre-lettre ne pourraient nuire, par cette raison bien simple qu'il ne nous est pas permis de disposer des droits d'autrui. Il est question cette fois des ayants cause des parties contractantes, lesquels ont dû compter sur l'existence de l'acte modifié secrètement par la contre-lettre. Ainsi, les tiers acquéreurs, lors même qu'on les oblige, ainsi qu'on le faisait, même en matière immobilière, dans le système du Code, à respecter l'acte authentique souscrit par leur auteur antérieurement à celui qui est leur titre, peuvent, au contraire, faire déclarer non avenue à leur égard la reconnaissance occulte qu'il aurait souscrite à son propre vendeur, par exemple, pour constater que la vente n'était que fic-

tive. Et c'est précisément parce qu'ils sont les ayants cause de la personne qui aurait ainsi annulé par une contre-lettre son propre titre d'acquisition, qu'ils ont intérêt à critiquer cette contre-lettre, dont n'auraient nullement à se préoccuper des tiers *penitus extranei*. Ce droit appartient incontestablement à tous les ayants cause à titre particulier, aux créanciers hypothécaires, comme aux tiers acquéreurs. (Rej., 25 avril 1826; Douai, 10 mars 1849.) Il n'est pas moins certain qu'on doit le refuser aux successeurs à titre universel, qui, continuant la personne du défunt, ne peuvent décliner aucune des obligations par lui consenties [1]. Il en est de même du mandant à l'égard de son mandataire. (Bordeaux, 25 juillet 1826.) Ayant complétement suivi sa foi, il s'est, pour ainsi dire, identifié avec lui, et doit en conséquence exécuter tous les actes, publics ou secrets, qu'il a souscrits avant la révocation du mandat.

517. Il y a plus de doute quant aux créanciers chirographaires de l'une des parties. Sont-ils liés par la contre-lettre de leur auteur, quand ils viennent exercer ses droits? Le vendeur pourra-t-il opposer, par exemple, aux créanciers de l'acheteur, qui réclament l'immeuble au nom de leur débiteur, un acte secret portant augmentation du prix ostensible? En faveur de l'affirmative, on invoque le principe général que les créanciers n'ont pas plus de droits que leur débiteur, dont ils sont censés suivre la foi. C'est effectivement ce qu'il convient de décider, lorsqu'on se demande à l'égard de qui sont exigées certaines formes de publicité pour la transmission de propriété, la tradition pour les meubles, sous le Code civil, la transcription pour les immeubles, dans le système des lois du 11 brumaire an VII

[1] Au lieu de parler de *tiers*, le Code italien, plus précis (art. 1319), limite l'effet des contre-lettres aux parties contractantes et à leurs *successeurs à titre universel*.

et du 23 mars 1866. La question n'est pas douteuse en ce qui concerne les meubles ; il est constant que l'acheteur d'un meuble corporel[1] est propriétaire par l'effet de la convention vis-à-vis des créanciers chirographaires, et que la possession de bonne foi ne peut être invoquée que par les tiers qui ont acquis un droit spécial sur l'objet vendu. (C. civ., art. 1141, 2279.) Pour les immeubles, il pouvait s'élever quelque doute sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, aux termes de laquelle (art. 26) les actes non transcrits ne pouvaient être opposés aux tiers *qui avaient contracté avec le vendeur*. Nous pensons cependant que le législateur de brumaire n'avait en vue que les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires, puisqu'il ajoutait : *et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente*, c'est-à-dire qui auraient fait connaître leur droit suivant les formes établies pour la mutation de propriété et pour l'inscription des hypothèques. Mais aucun doute ne saurait subsister sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, dont la rédaction, modifiée à dessein pour exclure les créanciers chirographaires, n'admet à se prévaloir du défaut de transcription que ceux qui ont des *droits sur l'immeuble*[2]. Dès lors, ainsi que l'a jugé le tribunal de Nancy, le 8 décembre 1856, la priorité même de transcription de la saisie (C. de proc.,

[1] En ce qui touche la transmission des créances, on entend généralement par *tiers*, dans l'article 1690, d'après l'ancienne pratique, même les créanciers du cédant, s'ils ont opéré saisie-arrêt antérieurement à la signification faite par le cessionnaire ; mais c'est là une doctrine particulière, tenant à la facilité des fraudes en matière de cession de créances.

[2] Le projet portait simplement *des droits*. « On a voulu, dit le rapporteur, M. de Belleyme, écarter la prétention des créanciers chirographaires, qui auraient pu vouloir opposer le défaut de prescription. Ce droit leur est refusé par le projet de loi. » Nous ne parlons point des donations à l'égard desquelles il s'élève une difficulté toute spéciale. (C. civ., art. 941 ; loi de 1855, art. 11.) On consultera avec fruit, sur le système général des lois de l'an VII et de 1855, le travail de notre collègue et ami M. Duverger. (*Revue pratique*, tom. X, p. 161 et suiv.)

art. 686) n'empêcherait point l'acquéreur de revendiquer l'immeuble vis-à-vis des créanciers chirographaires, pourvu que la vente eût date certaine antérieurement à cette transcription. (Même art. 686.)

Mais l'esprit de la loi sur les contre-lettres nous conduit à adopter un système tout différent. Il s'agit d'un acte ostensible qui était de nature à induire en erreur les créanciers chirographaires, aussi bien que les ayants cause à titre particulier. Or, le vendeur a participé à la réticence dont il veut aujourd'hui se prévaloir. C'est son propre fait qui a donné naissance aux droits qu'il prétend aujourd'hui détruire. Si les créanciers sont représentés par leur débiteur, ce n'est pas lorsqu'il s'agit précisément de conventions qui, tendant à leur soustraire une partie du patrimoine de ce débiteur, sont suspectes de fraude à leur égard[1]. Il n'est pas exact d'ailleurs de comparer les principes sur les contre-lettres avec ceux qui régissent la transmission de la propriété vis-à-vis des créanciers. Si le tiers détenteur, même dans le système de la publicité des droits réels, l'emporte sur les créanciers chirographaires, c'est qu'il n'a pas à se reprocher d'avoir usé de simulation à leur égard; tandis que, dans l'espèce, on peut reprocher au vendeur de leur avoir volontairement laissé croire que leur auteur n'était redevable que d'un prix inférieur au prix réel. Telle est, en effet, la doctrine de la jurisprudenc (Cass., 23 février 1835); elle pose en principe qu'en matière de contre-lettres, les tiers sont ceux qui n'ont pas souscrit ces actes, lors même qu'ils n'auraient pas traité spécialement en vue du droit apparent (Cass., 16 décembre 1840), et assimile,

[1] Mais, si les créanciers ne faisaient qu'exercer les droits de leur débiteur (art. 1166, Cod. civ.), notamment s'ils invoquaient une stipulation faite à leur profit, quand l'importance de cette stipulation aurait été fixée par une contre-lettre, cette contre-lettre leur serait opposable. (Rej., 23 mai 1870.)

du reste, aux souscripteurs de l'acte secret ceux qui sont tenus de leurs obligations, comme les héritiers et le mandant[1]. (Voy. dans le même sens Paris, 29 avril 1837.)

Cette doctrine reçoit cependant un tempérament en ce qui concerne la masse de la faillite. La masse est bien assimilée à un successeur *in universum jus*, en ce qu'elle ne saurait critiquer les billets du failli qui n'auraient point date certaine (voy. n° 697); mais les contre-lettres ne peuvent lui être opposées qu'au cas où elles auraient été passées sincèrement et de bonne foi entre le débiteur *in bonis* et celui qui les invoque. (Comp. Rej., 10 mars 1847, et Dijon, 13 juin 1864.)

518. Le fait de dissimulation personnelle, invoqué contre celui qui veut se prévaloir de la contre-lettre, peut servir de réponse à l'objection qu'on présente quelquefois contre cette doctrine, lorsque l'on fait observer qu'elle est en contradiction avec l'absence de publicité qui existait dans le système du Code pour les actes les plus importants. La défaveur des contre-lettres a commencé dans l'ancienne jurisprudence, alors qu'on se préoccupait peu, sauf les règles particulières aux coutumes *de nantissement*, de la publicité pour la transmission de la propriété; il n'y a donc point de rapport nécessaire entre l'article 1321 et le système de la loi du 11 brumaire an VII, sur lequel les rédacteurs du Code n'étaient point fixés lorsqu'ils ont rédigé cet article, et auquel on n'est revenu qu'en 1855. D'ailleurs la vente d'un même immeuble à deux acheteurs successifs est une fraude grossière, heureusement peu fréquente dans la pratique, tandis que les contre-lettres ont

[1] Une position qui se rapproche beaucoup de celle du titulaire nominal dessaisi par une contre-lettre, est celle du *prête-nom*. Il ne faut point confondre avec le mandataire ordinaire le *prête-nom*, avec qui les tiers ont le droit de traiter en toute sécurité, soit qu'ils aient ignoré, soit même qu'ils aient connu sa qualité. (Rej., 25 janvier 1864 et 28 juillet 1869.)

toujours été usitées pour masquer des conventions que les parties avaient intérêt à dissimuler, et ont dû par cela même éveiller la sollicitude du législateur. Il a donc bien fait de proscrire à l'égard des tiers, indépendamment du système qu'il adopterait ultérieurement sur la transmission de la propriété, des réserves dont l'expérience avait fait ressortir les graves abus.

519. Il ne faut pas croire cependant que les contre-lettres soient, à l'égard des ayants cause dont nous venons de constater les droits, des actes complétement étrangers, comme le sont les conventions des parties à l'égard des tiers *penitus extrane*, auxquels elles ne peuvent ni nuire ni profiter. (C. civ., art. 1165.) En principe, les contre-lettres, ayant effet vis-à-vis des parties contractantes, peuvent en avoir vis-à-vis de leurs ayants cause. S'ils peuvent les faire réputer non avenues en ce qui touche leur intérêt, il n'y a pas lieu à rétorquer contre eux cette faculté, qui n'est introduite qu'en leur faveur. Ce n'est que *contre les tiers* (*ibid.*, art. 1321) que les contre-lettres n'ont point d'effet. Si, au lieu de les combattre, ils les invoquent, si ce sont, par exemple, les créanciers du vendeur qui exigent de l'acheteur un supplément de prix porté dans un acte secret, celui-ci ne peut refuser le payement, pas plus qu'il ne le pourrait vis-à-vis du vendeur lui-même, ainsi que l'a jugé un arrêt de la Cour de Paris du 2 germinal an XIII. De même, la régie est fondée à s'emparer d'une contre-lettre qui déclare qu'une vente antérieure n'est point sérieuse, pour exiger, sur la contre-lettre même, un droit proportionnel de rétrocession. (Rej., 20 juillet 1859.)

Mais si la contre-lettre était inhérente, en quelque sorte, au titre lui-même, elle en affecterait le caractère, et il faudrait alors appliquer le principe que, là où aucune fraude n'est articulée, la régie prend l'acte *prout sonat*. (Voy.

n° 140 *bis*.) C'est ainsi que le tribunal de la Seine (1er août 1868) a refusé d'autoriser la perception du droit de mutation après décès sur des valeurs au porteur dont le possesseur reconnaissait un tiers propriétaire dans une contre-lettre, qui se trouvait confirmée par la déclaration faite sur l'enveloppe renfermant ces valeurs.

520. Dans les diverses solutions que nous avons adoptées jusqu'ici, nous avons supposé qu'une contre-lettre, portant augmentation du prix stipulé dans une vente, produit effet entre les parties contractantes. Cette proposition ne serait pourtant vraie qu'avec distinction, s'il fallait s'attacher à l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Toute contre-lettre faite sous signature « privée, qui aurait pour objet une augmentation de prix « stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature « privée précédemment enregistré, est déclarée nulle et de « nul effet. » Les contre-lettres ayant habituellement lieu dans la pratique pour frauder les droits du fisc, le législateur de l'an VII avait voulu les réprimer, en refusant toute action au vendeur ou au bailleur (car le texte parle de *prix* en général), afin d'obtenir les prestations supplémentaires dont on serait secrètement convenu. Cette nullité n'existait toutefois qu'à deux conditions : 1° que la contre-lettre fût *sous signature privée*; les contre-lettres notariées n'offrent aucun danger pour le fisc, puisqu'elles doivent être enregistrées dans un bref délai, tandis qu'on n'enregistre les autres contre-lettres que lorsqu'on a besoin de les produire en justice; 2° que le prix eût été stipulé d'abord par un acte public ou par un acte sous signature privée *précédemment enregistré*, et par conséquent destiné à servir de base pour la perception des droits; si les droits n'avaient pas été perçus d'abord sur un pied inférieur au prix réel, les intérêts du fisc n'étaient nullement compromis.

Merlin enseigne (*Questions de droit*, v° CONTRE-LETTRES, § 3), et la Cour de cassation avait d'abord jugé, que cet article 40, appartenant à une législation spéciale, n'était pas abrogé par l'article 1321 du Code civil. D'ailleurs, ajoute-t-on, les expressions mêmes de l'article : « Les contre-lettres ne *peuvent* avoir leur effet qu'entre les parties contractantes », n'impliquent pas leur validité dans tous les cas, mais seulement la possibilité de cette validité. Il est vrai que ces expressions, si on ne savait pas dans quelle intention elles ont été employées par le législateur, ne seraient point par elles-mêmes assez précises pour emporter dérogation au texte d'une loi spéciale. Mais ce qui en explique bien le sens, c'est la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, et à la suite de laquelle fut rédigé l'article 1321, qui n'existait pas dans le projet. M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demanda, dans la séance du 2 brumaire an XII, qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres : mais il fut le seul de son avis. « Les contre-lettres », dit Berlier, « ont « souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au « trésor public ; mais c'est par des amendes, et non par la « peine de nullité, que cette espèce de fraude doit être « atteinte et punie : dans aucun cas, le législateur ne peut « mettre sa volonté à la place de celle des parties, pour « augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles « se sont posées. » Le consul Cambacérès rappela alors, en le critiquant, l'article 40 de la loi de frimaire. Et Tronchet dit : « Il faut distinguer : une contre-lettre doit être valable « entre les parties, et nulle contre les tiers ; or, la régie de « l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte. » La rédaction qui fut faite ensuite par la section de législation, n'a été évidemment que la reproduction de la doctrine de Tronchet. Et c'est bien mal à propos qu'on accuse cette interprétation de faire empiéter le Code civil sur le domaine

des lois spéciales. C'était, au contraire, dans l'espèce, la loi fiscale qui avait empiété sur le droit commun, en appelant la mauvaise foi à l'appui de ses combinaisons. Un arrêt de rejet du 10 janvier 1819 a justement repoussé cet empiétement. Plusieurs Cours, notamment celle de Dijon, le 9 juillet 1828, et celle d'Aix, le 21 février 1832, ont adhéré à la même doctrine. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'arrêt de la Cour de Dijon a donné lieu à un recours en cassation, mais sur un autre chef seulement, le moyen tiré du maintien prétendu de l'article 40 de la loi de frimaire n'ayant pas été considéré comme soutenable.

Une nouvelle tentative pour obtenir l'annulation, dans l'intérêt du fisc, des contre-lettres portant augmentation, soit du prix d'une vente, soit de la soulte d'un échange ou d'un partage, a été faite lors de la présentation du projet, qui est devenu la loi du 23 août 1871, sur l'enregistrement. Aux termes de l'article 12 de ce projet, le vendeur de biens immeubles et l'échangiste de la plus forte part n'avaient aucune action en justice pour le payement de ce qui aurait été stipulé en sus du prix de vente ou de la soulte énoncée dans l'acte. Toute somme payée par suite de stipulations de cette nature était sujette à répétition. L'Assemblée nationale a écarté ces dispositions, comme donnant une prime à la mauvaise foi. Elle s'est contentée de substituer à l'amende, triple du droit sur les valeurs dissimulées, que portait la seconde partie de l'article 40 de la loi de frimaire, une amende égale au quart de la somme dissimulée dans le prix ou dans la soulte. (Loi du 23 août 1871, art. 12.)

521. S'il s'agissait, en sens inverse, d'une diminution de prix portée dans une contre-lettre, il n'y aurait pas de difficulté ; le fisc aurait, aussi bien que tout autre intéressé, le droit de la faire considérer comme non avenue.

522. Il est un cas où le Code civil lui-même (art. 1396)

prononce la nullité des contre-lettres entre les parties contractantes. C'est lorsqu'il s'agit de changements ou de contre-lettres qui auraient lieu, après la rédaction du contrat de mariage, sans l'authenticité requise, ou bien sans le consentement de tous ceux qui étaient parties à ce contrat. C'est qu'alors le mot *contre-lettre* reprend le sens général qu'il avait dans l'ancienne jurisprudence, et désigne simplement un acte postérieur à un premier acte, qui le modifie d'une manière quelconque. Et en effet, lors même qu'il s'agirait d'un changement fait après coup aux conventions matrimoniales, sans qu'il y eût eu aucune intention de déguisement chez les parties, ce qui ne rentrerait nullement dans l'hypothèse de l'article 1321 du Code, il faudrait encore décider qu'il y a nullité à l'égard des parties elles-mêmes, si les conditions voulues par la loi n'ont pas été observées. Ce n'est pas la dissimulation seulement, mais le changement non revêtu de certaines formes, que l'on a voulu proscrire en cette matière. Il est donc inexact de présenter, comme on le faisait dans la rédaction proposée par le Tribunat sur l'article 1321, les règles sur les contre-lettres dans les contrats de mariage, comme faisant exception au principe général de cet article. L'article 1396 est une disposition spéciale, qui restreint la capacité des parties; tandis qu'il est évident que l'article 1321, en prononçant à leur égard la validité des contre-lettres, les a supposées capables. L'article 1321 proscrit les contre-lettres comme déguisement à l'égard des tiers seulement; l'article 1396 interdit, même à l'égard des parties, en l'absence de certaines conditions, les changements au contrat, changements dont les contre-lettres proprement dites ne sont qu'une espèce. Au contraire, le mot contre-lettre reprend sa signification propre dans la disposition suivante (art. 1397), qui déclare sans effet à l'égard des tiers les changements et contre-

lettres, même réguliers vis-à-vis des parties contractantes, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage.

523. Enfin, une jurisprudence constante (voy. notamment Cass., 28 mai 1851 et 2 mars 1864) annule, même entre les parties contractantes, les contre-lettres ayant pour but de substituer un autre prix au prix ostensible porté dans le traité que les contractants ont soumis à la chancellerie pour la cession d'un office. Ce changement fait en fraude de la loi n'a pas même l'effet d'une obligation naturelle, ainsi que la Cour suprême l'a jugé bien des fois, notamment par l'arrêt de cassation du 4 janvier 1846. Ce qui est à remarquer, c'est que le même abus avait été proscrit autrefois avec la même sévérité, et que le parlement de Paris (arr. de règl. du 7 décembre 1691 et du 8 août 1714) avait dû également frapper de nullité toute contre-lettre relative à l'acquisition des offices de procureur, notaire, ou autres semblables.

524. Il ne faut pas confondre avec les contre-lettres les réserves faites expressément dans l'acte au profit d'un tiers, telles que la *déclaration de command,* par laquelle l'acheteur se réserve d'élire, dans un certain délai, une personne qui reprendra l'affaire pour son propre compte. Il n'y a point là de modification secrète d'un acte ostensible, puisque l'acte lui-même annonce la réserve. La déclaration de command produit donc effet à l'égard de tout le monde ; mais il est nécessaire, si on veut éviter le double droit de mutation, de la notifier dans les vingt-quatre heures à la régie de l'enregistrement. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1er, 24e.)

525. C'est à ce même délai de vingt-quatre heures qu'il faut s'attacher lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre tendant à faire considérer la mutation comme non avenue. Les parties ne peuvent éviter le payement du double droit proportionnel,

qu'autant qu'elles se sont désistées de leurs conventions par acte authentique, passé dans les vingt-quatre heures à partir de l'acte résilié. (*Ibid.*, 40e.) Ce délai expiré, on pourrait, en matière civile, examiner s'il y a eu contre-lettre ou rétrocession; mais en matière fiscale, la rétrocession est présumée. Autrement, toutes les fois qu'un acheteur viendrait à revendre à son vendeur l'immeuble qu'il lui aurait acheté, on éluderait facilement les droits de mutation, en présentant l'acte nouveau comme une contre-lettre. Il resterait, sans doute, la faculté d'établir la fraude; mais, en matière de perception de droits, il importe de partir de règles fixes et immuables. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, le 7 août 1807 et le 25 octobre 1808. (Voy. dans une espèce analogue l'arrêt de cassation rendu, sections réunies, le 29 décembre 1821.)

526. Outre les cessions ou rétrocessions faites sans fraude, il faut également considérer comme valable, même à l'égard des tiers, la déclaration par laquelle les parties règlent l'effet d'une convention antérieure. C'est ce qu'a décidé la Cour de Douai, le 1er mai 1851, à l'égard de l'acte par lequel un des codébiteurs solidaires déclarait que l'obligation ne concernait que lui seul; la Cour s'est fondée sur ce motif que la contre-lettre, dans notre droit, est « un « acte par lequel les parties contractantes constatent qu'une « convention insérée dans un autre acte n'est pas sincère « et réelle, et restituent à cette convention le véritable « caractère qui lui appartient. » Or, il n'y avait rien de pareil dans l'espèce, la dette solidaire n'ayant rien de fictif, et la déclaration faite postérieurement n'étant que l'application de l'article 1216 du Code civil, qui suppose formellement que la dette solidaire peut ne concerner que l'un des débiteurs.

DEUXIÈME DIVISION.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL, ET SPÉCIALEMENT DE LA FOI QUI S'ATTACHE A CES ACTES.

SOMMAIRE. — 527. Ne point s'attacher strictement aux formes en cette matière. — 528. Application de la théorie de Dumoulin sur la foi due à l'officier. — 529. Confusion du faux témoignage et du faux. — 530. Faux d'après le Code pénal de 1811. — 531. Système du Code pénal sur les déclarations mensongères. — 532. Notion extensive du faux, consacrée par la jurisprudence. — 533. Dans quelles limites s'applique cette jurisprudence aux actes de l'état civil. — 534. Lacune de la loi quant aux déclarations mensongères faites extrajudiciairement. — 536. Simulation. — 536. Preuve de l'identité du porteur de l'acte. — 537. Division.

527. Notre intention n'est pas de nous livrer ici à l'étude minutieuse des formes qui sont tracées par la loi pour la rédaction des actes de l'état civil [1]. Cette étude offrirait peu d'intérêt quant au but que nous nous proposons dans cet ouvrage, puisque aucune de ces formes n'est prescrite à peine de nullité, et qu'on peut dès lors toujours se prévaloir des mentions que renferme l'acte, sauf à le rectifier, s'il y a lieu. Les droits des parties intéressées, étrangères la plupart du temps à la rédaction de ces précieux documents, ne sauraient dépendre de la négligence ou de l'ignorance d'officiers qui, surtout dans les campagnes, présentent bien moins de garanties que les notaires : c'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'État (séance du 6 fructidor an XI), et ce qu'ont expressément jugé la Cour de cassation (Rej., 13 fructidor an X et 21 juin 1814), la Cour de Bruxelles [2]

[1] On peut consulter sur l'historique de cette matière, déjà indiqué plus haut (n° 189), les *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, par Berriat Saint-Prix. (1842.) Il résulte de ce travail que les registres les plus anciens, constatant les naissances, mariages et décès, sont ceux de la paroisse de Saint-Jean-en-Grève, à Paris, qui datent de 1515. Le mémoire de M. Loir, déjà cité, *sur l'état religieux et civil des catholiques en France avant* 1792 (*Revue du droit français et étranger*, t. VI, p. 701 et suiv.), contient des documents encore plus complets.

[2] Dans l'espèce jugée par la Cour de Bruxelles, il s'agissait d'un acte de naissance où il n'était fait mention ni de l'âge du père et de la mère, ni de celui des témoins, ni de la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, ni même du lieu de la naissance.

(le 4 juillet 1811), et celle d'Angers (le 25 mai 1822). Il est vrai que la Cour de Caen, le 13 juin 1819, a annulé un mariage dans lequel trois femmes avaient figuré au nombre des témoins; mais c'est que la Cour a vu dans cette circonstance, jointe à l'absence de signature du quatrième témoin, un indice du défaut de publicité. Si ce principe fondamental de la matière n'est guère contesté en thèse générale, nous aurons occasion de remarquer que certaines théories tendent à le méconnaître dans l'application.

D'après l'opinion que nous avons déjà eu occasion d'énoncer en ce qui touche la preuve du mariage (n° 200), nous pensons qu'on ne doit pas rejeter, comme dénués de toute foi, les actes écrits sur feuilles volantes : ce qu'a jugé la Cour de Metz, le 19 août 1824, relativement à une reconnaissance d'enfant naturel. Il faut remarquer d'ailleurs le peu de gravité de la peine dont se trouve frappée cette contravention par l'article 192 du Code pénal, qui ne prononce qu'un emprisonnement d'un mois à trois mois, et une amende de seize à deux cents francs. Les expressions de l'exposé des motifs sur cet article viennent encore à l'appui de notre opinion. « Dans ce cas », dit Berlier, « les officiers « compromettent l'état civil des personnes; ils se rendent « coupables au moins de négligence, et le besoin de régu- « lariser une partie aussi importante justifiera aisément les « peines de police correctionnelle qui leur sont infligées. » Comment le législateur eût-il cru nécessaire de justifier, dans l'espèce, l'application de peines correctionnelles, si l'inscription sur une feuille volante suffisait pour ôter à l'acte toute force probante; ce qui est bien autre chose que l'irrégularité dont parle Berlier?

Nous pensons aussi avec Merlin (*Répert.*, v° ÉTAT CIVIL, § 5, n° 8) qu'il n'y aurait pas nullité, au cas où l'officier civil recevrait l'acte de naissance, de mariage, ou de décès

de ses parents les plus proches, ou même celui qui constaterait l'accouchement de sa femme, bien qu'il convienne de s'abstenir en pareille hypothèse, comme le prescrit une lettre du garde des sceaux du 21 juillet 1818. La seule limite que la nature même des choses apporte à sa compétence, sous ce rapport, c'est qu'il ne pourrait évidemment exercer ses fonctions, relativement à son propre mariage, ainsi que l'ont fait certains pasteurs protestants; il y aurait impossibilité matérielle et morale à ce qu'il figurât dans le même acte comme interrogateur et comme interrogé tout à la fois.

528. Nous laisserons donc de côté les formes, pour nous occuper uniquement de la foi qui s'attache aux actes de l'état civil. Et d'abord nous nous demanderons, en général, quelle confiance peut mériter l'officier civil dans l'exercice de son ministère.

Il est évident que cet officier, comme le notaire, atteste seulement ce dont il a été témoin, c'est-à-dire que telle déclaration a eu lieu, que tels faits se sont passés devant lui. Mais quant à la réalité des faits qui lui sont seulement déclarés, *quæ non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur*, comme le dit Dumoulin, il ne peut la garantir. Dès lors aucune poursuite en faux, du moins contre l'officier civil, ne peut se fonder sur l'inexactitude des assertions consignées dans l'acte, pourvu que ces assertions elles-mêmes aient été fidèlement reproduites. Il semble dès lors, ainsi que l'ont jugé les arrêts de rejet du 12 juin 1823 et du 16 mars 1841, que ce qui est prouvé jusqu'à inscription de faux, c'est que telles personnes ont déclaré l'existence de tels ou tels faits au fonctionnaire rédacteur, mais nullement que ces déclarations soient conformes à la vérité; ce dernier point ne serait établi que jusqu'à preuve contraire.

529. Suivant l'arrêt de 1823, dont la doctrine a été reproduite par la Cour de Nîmes, le 13 juin 1860, « la

« fausseté de la déclaration des témoins n'est qu'un men-
« songe, qui n'altère point la substance de l'acte. » Mais une doctrine admise par beaucoup d'auteurs, et qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence, voit, au contraire, dans les fausses déclarations de cette nature un faux caractérisé. L'origine de cette extension si large de l'idée de faux remonte au droit romain, auquel on sait que nos anciens criminalistes faisaient de fréquents emprunts. Ce n'est pas que la loi Cornelia *De falsis* eût considéré comme faux la simple énonciation mensongère, sans aucune contrefaçon d'écriture. « Quid sit falsum quæritur », dit Paul, (L. 23, D., *De leg. Corn. de fals.*) « et videtur id esse, si quis alienum
« chirographum imitetur, aut libellum, vel rationes inter-
« cidat, vel describat : non qui alias in computatione, vel
« ratione mentiuntur. » Mais plus tard, on vit par extension une sorte de faux, *quasi falsum*, dans le faux témoignage (Modest., L. 27, pr., *ibid.*), dans le simple exposé de faits faux, contenu dans un mémoire (Modest., L. 29, *ibid.*), enfin jusque dans le fait de vendre à faux poids ou à fausse mesure. (Modest., L. 32, § 1, *ibid.*) Cette extension a passé dans les lois barbares [1]. *Falsum est*, dit la loi danoise, *si terminum, finesve quis moverit, monetam nisi venia vel mandato regio cusserit, nummisve reprobis dolo malo emat vendatque, vel argento adulterino*. (Ancher, *Lex cimbrica*, liv. III, chap. LXV.)

Ce fut en s'attachant à ces errements que notre ancienne jurisprudence (voy. Muyart de Vouglans, *Traité des crimes*, tit. VI) confondit sous la dénomination de faux tout fait frauduleux tendant à altérer la vérité, afin de tromper autrui : « Actus dolosus animo corrumpendæ veritatis ad

[1] Le *crimen falsi*, qui emporte incapacité de témoigner, suivant la loi anglaise, ne s'entend pas d'une manière aussi large; mais il comprend encore le faux témoignage, et les interprètes (M. Greenleaf, tom. I, p. 492 et suiv.) sont embarrassés pour le caractériser avec précision.

« decipiendum alterum adhibitus. » Alors le faux témoignage n'était qu'une branche du faux. Cette extension s'est maintenue incontestablement, par cela seul qu'elle n'était pas abolie, jusqu'à la promulgation du Code pénal de 1810 ; car le Code pénal de 1791 (IIe part. tit. II, sect. 2, art. 41 et suiv.) punissait le faux sans le définir, et prononçait seulement des peines spéciales contre la vente à faux poids ou à fausse mesure. Quant au Code du 3 brumaire an IV, il s'occupa de la procédure sur le faux, sans s'expliquer davantage quant à la définition de ce crime. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la jurisprudence antérieure au Code pénal de 1810 ait considéré comme constituant un faux les énonciations mensongères destinées à être insérées dans un acte public, par exemple, les fausses déclarations sur la filiation dans un acte de naissance. (Voir les arrêts cités dans le *Répert.* de Merlin, aux mots FAUX et MATERNITÉ.)

530. Mais le Code pénal de 1810 a pris soin de définir le faux, qui a cessé dès lors d'avoir le caractère vague et indéterminé qu'il avait conservé sous les législations précédentes. Ce Code consacre une section entière au faux (liv. III, tit. I, chap. III, sect. 1), qui comprend encore, dans l'acception la plus large du mot [1], les crimes relatifs à la fausse monnaie, à la contrefaçon des sceaux de l'État, des billets de banque, etc. Mais le faux proprement dit n'est plus que le faux *en écritures*. Nulle allusion au faux par paroles, dont s'occupaient nos anciens criminalistes. (Voy. Muyart de Vouglans, *loc. cit.*) Le faux témoignage et la calomnie, considérés jadis comme de véritables faux, sont renvoyés à une autre partie du Code pénal (art. 361 et suiv.). Toutefois, en

[1] Cette assimilation n'est pas purement théorique. Aux termes des articles 164 et 165 du Code pénal, le faussaire, *lato sensu*, est frappé d'une amende qui peut être portée au quart du bénéfice illicite qu'il s'est procuré ; et, avant le décret du 12 avril 1848, s'il était condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, il devait toujours subir l'exposition publique.

ce qui touche les fonctionnaires publics, le faux *matériel* et le faux *intellectuel* ont été spécialement prévus, et punis également des travaux forcés à perpétuité. L'article 145 parle du premier, qui consiste dans les fausses signatures, dans l'altération des écritures, etc. L'article 146 parle du second, qui suppose qu'un officier public, en rédigeant des actes de son ministère, en a frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances. Puis vient l'article 147, qui est le siége de la difficulté, puisqu'il est relatif aux faux commis par de simples particuliers.

« Seront punis des travaux forcés à temps », dit cet article, « toutes autres personnes qui auront commis un « faux en écriture authentique et publique, ou en écriture « de commerce ou de banque. » Voilà quelle est la proposition principale de l'article. Or, par faux en écriture, on a toujours entendu le faux commis, soit par le rédacteur, qui dénature l'écrit lors de sa confection, ou qui l'altère après coup, soit par le faussaire proprement dit, qui fabrique un écrit tout à fait supposé. Quant aux déclarations mensongères, elles n'ont jamais constitué un faux en écriture, mais un faux commis par paroles, faux qui n'est plus prévu comme tel par le Code pénal de 1810. Si donc l'article 147 s'en était tenu à cette proposition générale, qui punit le faux en écriture publique, aucun doute sérieux ne pourrait s'élever sur le sens de la loi. Malheureusement il entre ensuite dans les développements suivants, sur la manière dont le faux peut avoir été commis : « Soit par contrefaçon ou altération « d'écritures ou de signatures ; — soit par fabrication de « conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou « par leur insertion après coup dans ces actes ; — soit par « addition ou altération de clauses, de déclarations ou de « faits, que ces actes avaient pour objet de recevoir et de « constater. » On s'est emparé de ces dernières expressions

pour soutenir que les fausses déclarations, notamment dans les actes de l'état civil, constituent encore aujourd'hui un faux caractérisé. Mais est-il vraisemblable que le législateur, voulant définir le faux en écriture commis par des particuliers, ait été donner pour exemple des cas où le prétendu faussaire n'a fait qu'une déclaration verbale? Tout ce développement n'est-il pas dominé par la proposition principale, qui ne parle que d'écriture? Si le dernier alinéa de l'article 147, en parlant d'une *altération de déclarations*, semble faire allusion à un mensonge oral, il est facile de répondre que l'alinéa précédent parle aussi de la *fabrication d'obligations*, mais que la suite, où il est question d'*insertion après coup dans les actes*, fait bien voir que par *obligations* le législateur entend ici, dans le style de la pratique, l'écriture qui prouve les obligations. La même confusion a bien pu avoir avoir été commise à propos des déclarations, et l'*altération de ces déclarations* paraît signifier tout simplement l'altération de l'acte qui en est la preuve. On voit que cette équivoque fâcheuse, sur un point aussi essentiel, tient encore à l'abus du langage, emprunté par le Code pénal aux praticiens, qui tend à confondre la preuve du fait avec le fait lui-même [1]. Mais le sens général de l'article 147 résulte bien de l'exposé des motifs, qui, après avoir distingué, quant aux officiers publics, le faux matériel et le faux intellectuel, ajoute que la peine n'est que temporaire à l'égard du simple particulier *contrefacteur d'écritures authentiques*. Il s'agit donc d'une contrefaçon, d'un faux matériel, et non pas d'un simple mensonge.

531. L'examen de l'économie générale du Code pénal vient encore confirmer l'opinion qui résulte d'une analyse exacte de l'article 147. En effet, le genre de fausse déclaration qui offre le plus de danger pour la société, la *suppo-*

[1] C'est ce qui prouve le grave danger, même au point de vue pratique, de l'introduction d'expressions inexactes dans le texte des lois. (Voy. n° 453.)

sition de part, n'est puni que de la réclusion par l'article 345, tandis que la peine des travaux forcés à temps est prononcée contre le faux. Comment concevoir, s'il y avait réellement faux dans la supposition de part, que l'on eût prononcé une peine plus faible contre celui des faux de cette nature qui offrait le plus de gravité? C'est faire injure au législateur que de lui prêter une pareille contradiction. On ne trouve rien de pareil dans la jurisprudence romaine, laquelle, après avoir fait rentrer la supposition de part dans la qualification de faux prise *lato sensu* (n° 529; voy. Dig. et Cod. *passim, ad leg. Corn. de fals.*), ne se contentait point, pour la supposition de part, de la peine ordinaire du faux, c'est-à-dire de la déportation (Marc., L. I, § 13, D., *h. t.*), mais prononçait la peine capitale : « Obstetricem quæ partum alie-« num attulit, ut supponi possit, summo supplicio affici pla-« cuit », dit Paul. (*Sent.*, liv. II, tit. XXIV, § 9.) De même le Code pénal de 1791 (liv. II, tit. II, sect. 1, art. 32) punissait de douze ans de fers celui qui avait détruit la preuve de l'état civil d'une personne, tandis qu'il ne punissait le faux (*ibid.*, sect. 2, art. 44) que de huit ans de fers. Et l'on veut que celui de 1810 ait établi la classification des crimes dans un sens diamétralement opposé! La réclusion était, du reste, avant la révision de 1863, la peine du faux témoignage en matière civile. (C. pén., anc. art. 363.) La supposition de part a donc été assimilée au faux témoignage, et non pas au faux. Dès lors, les autres déclarations mensongères, moins graves d'ordinaire par leurs conséquences que la supposition de part, ne peuvent pas non plus constituer un faux.

532. Mais cette opinion n'a pas prévalu dans la pratique, qui s'est attachée à une interprétation littérale des expressions de l'article 147 : *altération de déclarations que les actes avaient pour objet de recevoir et de constater*. L'arrêt de

rejet du 12 juin 1823, qui ne regardait comme prouvés jusqu'à inscription de faux que les faits attestés par l'officier public *de visu et auditu*, n'a malheureusement pas fait jurisprudence. Nous ne connaissons dans le sens de cette doctrine que l'arrêt de la Cour de Nîmes, du 13 juin 1860, cité plus haut, et un arrêt de la Cour de Paris, du 30 janvier 1839, qui a refusé de voir un faux par *supposition de personne* dans le fait de s'être fait emprisonner pour autrui, le prétendu faussaire *n'ayant point concouru à la rédaction* de l'écrou argüé de faux. La Cour de cassation a maintenu dans toute sa rigueur le principe, fondé sur une interprétation erronée du Code pénal, qui considère comme faux la fausse déclaration destinée à être consignée dans un acte public; elle est revenue ainsi, en grande partie, à l'extension que donnaient à la notion de faux (n° 529) nos anciens criminalistes. Aussi a-t-elle vu (Cass., 10 février 1827) un faux caractérisé dans le fait de s'être fait écrouer pour autrui[1]. Plus sévère qu'elle ne l'était avant la promulgation du Code de 1810 (Cass., 27 juillet 1809), elle considère aujourd'hui comme faussaire (Cass., 2 septembre 1831, 7 mars 1835 et 10 juillet 1851) celui qui fait une fausse déclaration en matière de recrutement, bien qu'il n'ait rien écrit ni rien signé, par cela seul que la déclaration devait être *reçue et constatée dans un acte*. La Cour de Grenoble (arr. du 19 février 1831) a fait l'application de cette jurisprudence, en considérant comme faussaire le donateur qui, pour opérer une prétendue révocation par survenance d'enfants, avait faussement déclaré l'accouchement de sa femme

[1] On a combattu la décision de la Cour de cassation, dans l'espèce, en se plaçant à un autre point de vue. On a dit que, si le remplacement avait été gratuit, il ne supposait point un dol, mais un acte de générosité. Cette critique ne nous paraît point fondée, un acte dirigé contre l'ordre public étant toujours frauduleux, au point de vue de la loi, quel qu'ait été le mobile de l'agent.

à l'officier civil [1]. Mais cette application accuse toute la bizarrerie du système, puisque, nous venons de le voir, la supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée, est littéralement prévue et punie seulement de la réclusion par l'article 345 du Code pénal [2]. Enfin, un arrêt de rejet, du 28 mai 1857, considère comme faussaire celui qui fait de fausses déclarations à l'officier civil relativement au domicile des futurs époux et au décès de leurs ascendants, bien que ces énonciations n'aient trait qu'aux actes de publication du mariage.

533. Toutefois, même en adoptant l'interprétation qui s'attache à la lettre de l'article 147, il n'est pas exact de dire que toute déclaration mensongère constitue un faux. Il ne faut donc point prendre à la lettre les expressions d'un arrêt de rejet du 18 juillet 1835, qui, pour caractériser les éléments du faux prévu et puni par la loi, reproduit la définition de l'ancienne jurisprudence (n° 529), en la traduisant en ces termes : *l'altération de la vérité, dans une intention criminelle, qui a porté ou pu porter préjudice à autrui.* Il convient de distinguer, et cette distinction, du reste, était déjà faite, même avant la promulgation du Code de 1810, si l'acte *avait ou non pour objet de constater* ce qui a été déclaré contrairement à la vérité. C'est ainsi que la Cour de cassation avait déjà jugé, le 30 juillet 1809, qu'il n'y a pas faux dans l'assertion contenue en l'acte de naissance que les enfants sont légitimes, l'acte de naissance n'étant pas destiné à constater la légitimité. A plus forte raison, sous l'empire du Code pénal actuel, a-t-elle rendu une décision semblable

[1] Toutefois, la Cour de Grenoble a bien jugé, en refusant de suspendre les poursuites criminelles jusqu'au jugement de la question d'état par les tribunaux civils (C. civ., art. 327), toute réclamation d'état étant impossible dans l'espèce, puisque la naissance était imaginaire.

[2] Dans l'ancien droit, comme à Rome, la supposition de part était une espèce de faux. (Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. III, tit. V, chap. III.)

(Cass., 30 avril 1841), relativement à une femme qui avait pris la qualité d'épouse dans un acte qui n'était pas destiné à faire preuve du mariage. (Voy. aussi Cass., 24 mai 1845.) Lors même que les énonciations se rattachent à l'acte reçu par l'officier, si elles ne sont pas de sa substance, comme la mention, lors de la célébration du mariage, de la filiation de l'un des époux, elles ne font point foi jusqu'à inscription de faux. (Rej., 22 février 1841.) Au cas même où l'acte serait destiné à constater le fait, il faut le supposer de nature à en faire preuve légalement [1]. Ainsi, la Cour de cassation a décidé (Cass., 13 octobre 1809) qu'il n'y a plus faux dans la fabrication d'un acte constatant qu'un prêtre a donné la bénédiction nuptiale, depuis que les registres de l'état civil ont cessé d'être confiés aux ecclésiastiques. Il en serait autrement si l'on avait fabriqué l'extrait d'un acte de mariage, portant la signature d'un maire et la mention d'une commune, lorsqu'il n'existait ni maire ni commune de ce nom; il n'est pas nécessaire qu'il y ait imitation d'une signature déterminée, dès que l'écrit argüé de faux présente les caractères extérieurs d'un acte public. (Rej., 5 juin 1818.) Il n'est pas même indispensable que l'acte fabriqué, en le supposant vrai, soit de nature à faire preuve complète : ce qu'ont décidé les arrêts de cassation du 16 novembre 1850 et du 8 août 1851, relativement à des documents non signés, intercalés dans les archives d'Angers, dont le faussaire s'était fait délivrer un extrait par l'archiviste, afin de les invoquer dans un procès relatif à des droits anciens. Même décision, quant à des livres de commerce irréguliers, rendue par la Cour de cassation, sections réunies, le 22 juillet 1862.

[1] C'est ainsi qu'en matière d'actes privés, un billet souscrit d'une croix ne pouvant prouver un engagement, la fabrication d'un tel billet ne saurait constituer un faux. (Cass., 1er juin 1827.)

Une seconde limitation, qui ne permet plus de donner à la notion de faux toute l'extension qu'elle recevait jadis, c'est que le faux doit avoir lieu *en écriture*, en ce sens du moins que la déclaration mensongère doit avoir été constatée dans un acte : c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation (Rej., 17 décembre 1831) au cas où, un frère étant porté comme soldat au lieu de son frère, cette substitution n'avait donné lieu à aucune rectification dans les actes, parce que tous deux portaient le même prénom. Mais s'il y avait eu signature, le signataire alléguerait vainement qu'il n'a fait que signer son véritable nom, en se présentant pour un homonyme; il y aurait faux caractérisé, d'après la doctrine de la Cour de cassation. (Cass., 30 juillet 1836; Besançon, 13 octobre 1855.) Enfin, s'il ne s'agissait point d'une véritable écriture, bien qu'il y eût une altération à laquelle l'inculpé aurait directement participé, le principe qui repousse toute interprétation extensive en matière pénale ne permettrait point d'appliquer la peine du faux. Aussi la Cour de Paris a-t-elle jugé, le 3 mars 1854, qu'il n'y a point faux dans le fait d'un boulanger qui altère frauduleusement la taille et l'échantillon. Bien que les tailles soient assimilées aux écritures quant à la preuve, il est impossible de considérer comme *faux en écriture* la confection de *coches* dépassant le nombre des fournitures effectives.

534. On peut toutefois reprocher à notre opinion de laisser, au contraire, impunis, si ce n'est dans le cas de supposition de part, des mensonges qui sont de nature à entraîner les plus fâcheuses conséquences pour la société. Afin d'échapper à ce résultat, nous avions pensé d'abord (1re édition, n° 414) qu'on pouvait appliquer la peine du faux témoignage en matière civile, la réclusion, remplacée, depuis la loi du 13 mai 1863 (Cod. pén., nouv. art. 363), par des peines correctionnelles, à toute per-

sonne qui, en attestant certains faits, non-seulement dans les débats judiciaires, mais devant un fonctionnaire quelconque, altère sciemment la vérité. C'est ce qu'avait également jugé la Cour de cassation, en appliquant la peine de la réclusion dans des espèces où il n'y avait point eu de poursuites en faux : au cas de fausse déclaration, soit de décès, devant un juge de paix, afin de faciliter un second mariage (Rej., 6 novembre 1806), soit des circonstances du naufrage d'un navire, devant le juge auquel le capitaine faisait son rapport sur ce naufrage[1]. (Cass., 17 septembre 1836.) Mais nous ne persistons point dans cette doctrine, que la Cour suprême a repoussée par un arrêt de rejet du 7 décembre 1838, portant « qu'on ne peut considérer comme « témoins en matière civile que les individus appelés judi- « ciairement par la partie pour déclarer et attester les faits, « sous la foi du serment. » Bien que fondée sur les plus graves motifs en législation, cette extension du faux témoignage répugne aux principes constants sur l'interprétation des lois pénales, et à la pensée des rédacteurs du Code de 1810, qui nous est révélée par ces paroles de l'orateur du Corps législatif : « Le faux témoignage ne peut avoir lieu « que de la part de ceux qui sont interpellés en justice, ou « en vertu de ses ordonnances. » Au surplus, même suivant la première jurisprudence de la Cour de cassation, la loi pénale ne pouvait atteindre les fausses déclarations de la nature la plus dangereuse, celles qui se rattachent aux actes de l'état civil, sans avoir la gravité du faux. En effet, ces déclarations n'ont point lieu sous la foi du serment, et il est constant, dans toutes les opinions, qu'il n'y a point de faux

[1] En ce dernier cas, on eût pu, suivant la jurisprudence de la Cour, voir un faux dans la déclaration mensongère, puisqu'elle devait être constatée devant le juge ayant spécialement qualité pour recevoir le rapport : ce qui n'avait pas lieu dans l'espèce de l'arrêt de 1806.

témoignage là où il n'y a pas eu de serment prêté. (N° 330.) Il faut donc reconnaître une lacune fâcheuse dans la loi, qui ne punit les déclarations mensongères, faites extrajudiciairement, qu'au cas de supposition de part; mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de combler cette lacune.

535. Ce qui n'est pas douteux, en législation comme en droit positif, c'est que la simulation ne doit pas se confondre avec le faux. Il est vrai que cette confusion a été faite par Farinacius, qui disait (quest. 162, n° 12) : *Pœna simulationis videtur esse pœna falsi*. Mais cette opinion, combattue par Dumoulin, qui disait avec plus de raison (sur l'art. 3, chap. XXXI, de la Cout. du Nivernais) : *Aliud merum falsum, aliud simulatio*, n'a point prévalu dans notre ancienne pratique. Le faux suppose l'altération des dispositions arrêtées entre les parties; la simulation est, au contraire, l'énonciation de dispositions qui, pour être frauduleuses ou mensongères, n'en sont pas moins la volonté des contractants. En conséquence, suivant Muyart de Vouglans (*Traité des crimes*, tit. V, chap. II), tandis que le faux était puni de peines rigoureuses, la peine de la simulation était celle de « l'admonition, du blâme ou du bannissement contre le no« taire, et celle des dommages et intérêts contre les parties. » Chez nous, la loi étant muette sur ce point, à part l'antidate dans les ordres, sorte de simulation punie des peines du faux (C. de comm., art. 189), à raison de ses graves conséquences en matière commerciale[1], la simulation n'est frappée d'aucune peine. Dès lors la reconnaissance simulée d'une dette, lors même qu'elle peut nuire à un tiers, constitue un acte répréhensible, mais n'est point un faux. (Rej.,

[1] Cette disposition étant exorbitante, on admet volontiers dans la pratique (Pardessus, *Droit commercial*, tom. I, n° 333) qu'elle ne doit pas tirer à conséquence quant à la preuve de l'antidate, et que dès lors cette preuve, constituant celle d'une fraude, peut être administrée *de plano* par tous les moyens possibles.

12 floréal an XIII.) Et pour en revenir à notre matière spéciale, il n'y a point de faux dans un mariage simulé, tel que celui sur lequel a statué, à un autre point de vue (n° 142), l'arrêt de la Cour de Lyon, du 10 avril 1856, contracté le 4 floréal an III entre un jeune homme de vingt-trois ans et une femme de soixante-huit ans, afin d'échapper aux lois sur le recrutement. Il n'y a eu là, en effet, aucune altération de conventions, aucun faux matériel ou intellectuel; seulement les parties n'avaient aucune intention sérieuse en déclarant contracter mariage devant l'officier civil. A plus forte raison faut-il reconnaître, comme nous le verrons en parlant de la date des actes sous seing privé, que la simple antidate d'un testament olographe ne saurait être assimilée à un faux (n° 702 *bis*), et qu'en conséquence les intéressés n'ont nullement besoin de recourir à la voie de l'inscription de faux pour faire tomber l'énonciation de la date dans un testament de cette nature.

536. Une observation commune à toutes les pièces produites en justice, mais que l'on fait surtout à propos des actes de l'état civil, à cause de la faculté qui appartient à toute personne de s'en faire délivrer des extraits (compar. C. civ., art. 45, et loi du 25 ventôse an XI, art. 23), c'est que l'identité du porteur de l'extrait et du véritable ayant droit doit être préalablement établie. Cette preuve, étant celle d'un simple fait, ne peut se faire que par témoins. Quelques-uns, s'imaginant que la preuve testimoniale n'était pas admissible *de plano*, ont voulu considérer l'extrait produit comme un commencement de preuve par écrit. (Bordeaux, 18 février 1846.) Mais c'est là une pétition de principe évidente; car il s'agit de démontrer qu'il existe un lien entre la personne et l'acte qu'elle invoque. Or, tant que ce lien n'est pas établi, la pièce, pouvant concerner tout autre que celui qui en est le porteur, est absolument sans effet

sous le rapport de la preuve. (Voy. en ce sens un autre arrêt, parfaitement motivé, de la Cour de Bordeaux, en date du 19 février 1846, et un arrêt de cassation du 28 mai 1810.)

537. Entrons maintenant dans l'explication des règles spéciales sur la foi des principaux actes de l'état civil. Pour nous conformer à l'ordre que nous avons déjà suivi en traitant de la preuve testimoniale de l'état, nous allons examiner quelle application reçoit la preuve littérale, d'abord aux simples faits de l'ordre de la nature, à la naissance et au décès; puis à ceux qui constituent des relations sociales, au mariage et à la filiation.

§ 1. NAISSANCE ET DÉCÈS.

SOMMAIRE. — 538. Foi des énonciations. — 539. Qualité des déclarants. — 540. Délai prescrit par le Code. *Quid* s'il a été dépassé? — 541. Délai prescrit pour les inhumations. — 542. Transport de l'officier en cas de décès. — 543. Foi de la date dans les actes de décès. — 544. Constatation simultanée de la naissance et du décès.

538. Suivant la doctrine que nous venons d'exposer sur le faux, l'acte de naissance prouve, jusqu'à inscription de faux, que tel enfant a été présenté à l'officier civil, que telles déclarations ont été faites sur l'époque de sa naissance, qu'on lui a donné tels noms, enfin qu'il est de tel sexe; car l'officier a mission de vérifier cette dernière circonstance, bien qu'il s'en abstienne le plus souvent dans la pratique. Quant aux déclarations elles-mêmes, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire (Nîmes, 13 juin 1860), et seulement de ce qui doit être déclaré à l'officier civil. La mention de la filiation ne devant point se retrouver dans tous les actes de naissance, il n'y a d'essentiel à ces actes que l'indication du nom, du sexe et de l'âge. L'ordonnance de 1539 (art. 5) ne parlait même que *du temps et de l'heure de la nativité*. Ce n'est que celle de 1667 qui a prescrit des énonciations plus détaillées. (Voy. n° 189.) Et encore la tenue des registres était-elle si peu régulière, que, même depuis 1667, on faisait

souvent prévaloir les registres domestiques sur ceux de la paroisse pour établir la date de la naissance. (Rodier, sur le tit. XX, art. 9 de l'ord.)

539. L'obligation de faire les déclarations de naissance est imposée à des personnes déterminées par la loi, qui doivent généralement avoir assisté à l'accouchement[1] (C. civ., art. 56); mais comment s'assurer que le déclarant a réellement assisté à l'accouchement, ainsi qu'il l'affirme? L'officier civil n'est pas dans la même position que le notaire, qui doit connaître les parties intéressées dans les actes qu'il reçoit, ou du moins se faire attester leur identité. La loi ne le charge nullement, ce qui d'ailleurs serait impraticable dans les communes populeuses, de vérifier la qualité des déclarants. Leur affirmation sur leur qualité même doit donc, comme leurs autres assertions, être crue jusqu'à preuve contraire. Ainsi, il est impossible d'empêcher que le premier venu ne puisse venir au bureau de l'état civil rendre cet important témoignage. C'est là un motif de plus pour ne pas croire jusqu'à inscription de faux à la vérité de faits ainsi déclarés. C'est bien assez qu'il faille l'admettre jusqu'à preuve contraire.

540. Le Code civil fixe à trois jours, à compter de l'accouchement, le délai dans lequel doivent être faites les déclarations de naissance. Le motif de cette prescription est facile à saisir. Il est vrai que l'acte de naissance ne fait pas foi de l'âge jusqu'à inscription de faux; mais, l'enfant devant

[1] Aux termes du Code civil, lorsque la mère accouche hors de son domicile, la déclaration doit être faite par la *personne chez qui elle est accouchée*. En conséquence, un arrêt de rejet du 7 novembre 1823 a décidé que cette personne est passible des peines portées par le Code pénal pour défaut de déclaration, sans qu'on puisse les appliquer au chirurgien qui aurait assisté la mère. Cette décision a été critiquée, comme contraire à l'art. 346 du Code pénal, qui porte : Toute personne *ayant assisté à un accouchement*; mais cette critique nous semble mal fondée; cet article se référant formellement à l'article 56 du Code civil, ne doit pas être présumé y déroger.

être présenté dans un bref délai, l'officier peut s'assurer par lui-même s'il est né récemment. Il n'est pas possible dès lors, du moins à quelques jours près, de ne point considérer comme exact l'âge indiqué. La preuve contraire serait admissible, sans doute, en principe; néanmoins, au delà de certaines limites, elle supposerait chez cet officier une erreur si grossière, qu'on réussira difficilement dans la pratique à soutenir que l'enfant est véritablement plus âgé que ne le porte le titre. Il est donc essentiel de ne point laisser passer le délai de trois jours. Toutefois cette obligation légale n'avait pas de sanction pénale lors de la promulgation du Code civil; on avait craint d'éloigner de la mère les secours que sa position réclamait, en menaçant éventuellement d'une peine ceux qui auraient assisté à un accouchement sans le faire promptement connaître à l'autorité. Mais les dissimulations qui eurent lieu sous l'Empire, ainsi que le constate l'exposé des motifs du Code pénal, afin de soustraire aux rigueurs de la conscription ceux dont on cachait la naissance (car ce n'est pas seulement en matière de mariage (voy. n° 142) que de nombreuses fraudes eurent lieu à cette époque), obligèrent les rédacteurs du Code pénal de 1810 (art. 346) à prononcer de nouveau pour cette omission des peines correctionnelles, ainsi que l'avait déjà fait la loi du 19 décembre 1792 (sect. I, art. 1er).

Il y avait toutefois intérêt, même avant 1810, à ce que l'inscription de l'enfant ne fût pas retardée. On avait senti que la même présomption de vérité, qui s'attache aux déclarations de faits tout récents, ne saurait être invoquée lorsqu'on a laissé s'écouler un long intervalle avant de les faire connaître. Et si on pouvait tout aussi bien se présenter après les trois jours que pendant le délai, où s'arrêter ensuite? Aussi un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI a-t-il décidé fort sagement que l'inscription, une fois le délai

expiré, ne doit plus être opérée qu'en vertu d'un jugement[1]; et bien que cet avis soit antérieur au Code, il est encore parfaitement applicable aujourd'hui. (Colmar, 26 juillet 1828.) Quelques auteurs ont conclu de là que, si l'inscription avait eu lieu en fait, sans autorisation judiciaire, après les trois jours, l'enfant ne devait être censé né qu'au jour de l'inscription : fiction intolérable, qui tendrait à considérer une personne âgée de vingt ans comme venant de naître, si on ne l'inscrivait sur le registre que vingt ans après sa naissance. Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est qu'on a pris à la lettre une décision rendue par la Cour de Paris, le 9 août 1813. Il s'agissait, dans l'espèce, du mois qui est donné au mari pour le désaveu, à partir de la naissance de l'enfant. (C. civ., art. 316.) Or, l'enfant qui était désavoué n'avait été inscrit que cinq ans après sa naissance. La Cour a décidé qu'une naissance déclarée aussi tardivement devait être présumée occulte, et n'avait pu dès lors faire courir le délai de l'action en désaveu. Mais tout ce qui résulte de là, c'est qu'une déclaration tardive ne peut faire foi de la date de la naissance vis-à-vis des tiers intéressés. Quant à l'âge de l'enfant, considéré en lui-même, il n'est pas possible de le fixer arbitrairement à l'époque de l'inscription; il faut laisser aux tribunaux l'appréciation des faits (Caen, 3 mars 1836), sauf à admettre plus facilement, dans ce cas, la preuve de la fausseté d'une déclaration toujours suspecte lorsqu'elle a été ainsi différée[2]. Au surplus, l'inscription tardive de la naissance d'un enfant, si elle n'a pas eu lieu dans un but frauduleux, ne constitue point un faux, même

[1] Ce serait également à l'autorité judiciaire qu'il faudrait s'adresser, si l'officier civil, ainsi qu'il y a eu un exemple, refusait d'opérer l'inscription dans le délai légal. (Paris, 16 mars 1853.)

[2] Dans l'espèce, la Cour a réservé la preuve par témoins de la date de la naissance, conformément aux usages de la Hollande, où les faits s'étaient passés.

de la part de l'officier civil (Cass., 2 messidor an XII), parce que ce n'est point *actus dolosus animo corrumpendæ veritatis adhibitus*. (N° 529.)

C'est, en principe, le tribunal du lieu de la naissance qui doit statuer, lorsqu'il est nécessaire de suppléer ainsi à l'omission d'un acte de naissance. Mais que décider si le lieu de la naissance est inconnu, ainsi que cela est arrivé dans l'espèce fort curieuse de Marie Lambert? Le tribunal de Fontainebleau, lieu de la résidence de la requérante, s'était déclaré incompétent pour fixer l'époque de sa naissance : ce qui équivalait pour elle à un déni de justice; car elle avait intérêt à faire établir son âge, pour le mariage, pour la majorité, etc. L'arrêt de la Cour de Paris qui avait confirmé cette décision, a été cassé le 14 juin 1858, et l'affaire renvoyée devant la Cour de Rouen. Cette Cour, le 8 décembre 1858, a déclaré constant le fait de la naissance de Marie Lambert, *puisque cette personne existe*, et autorisé son tuteur à produire tous les documents propres à en établir la date vraisemblable.

541. Les mêmes difficultés ne peuvent s'élever pour le décès, à l'égard duquel le Code n'a pas prescrit de délai, ainsi que l'avait fait la loi du 20 septembre 1792 (tit. V, art. 1er). Ce n'est pas qu'on ne puisse avoir souvent intérêt à cacher un décès, aussi bien qu'à dissimuler une naissance, mais le législateur arrive au même but par un autre moyen. L'inhumation ne peut avoir lieu sans l'autorisation de l'officier de l'état civil (C. civ., art. 77), et des peines correctionnelles (C. pén., art. 358) sont la sanction de cette prescription, qui amène indirectement la constatation du décès.

542. Quant aux personnes qui ont qualité pour faire la déclaration, il est évident qu'on est également obligé, quant au décès, de s'en rapporter à la foi de ceux qui affirment

être parents du défunt ou l'avoir reçu chez eux. Toutefois, pour bien s'assurer de la réalité du décès, et, s'il est possible, de l'identité de la personne décédée, l'officier civil doit, aux termes de la loi (C. civ., art. 77), se transporter lui-même auprès du cadavre. Mais cette obligation pénible est tombée en désuétude dans la pratique; on ne saurait raisonnablement imposer une aussi triste tâche à des fonctionnaires dont l'emploi est gratuit. Le soin de constater le décès est délégué, dans l'usage, à un officier de santé, qu'il aurait fallu, après tout, appeler pour procéder à la vérification, souvent si délicate, du fait de la mort.

543. La seule question grave que l'on puisse agiter, quant à la force probante des actes de décès, consiste à savoir si c'est bien à dessein que le législateur n'a pas signalé, parmi les mentions que doivent contenir ces actes, la date même du décès. (*Ibid.*, art. 79.) Le silence gardé sur un point de cette importance a semblé à beaucoup d'auteurs trop significatif pour ne pas faire présumer qu'on avait voulu laisser toute latitude au juge, en lui donnant mission d'établir plus tard cette date à l'aide des documents les plus exacts. Ils font remarquer combien il est utile de ne pas enchaîner son indépendance, là où une différence de jour, et même d'heure, peut exercer une influence décisive sur les droits des intéressés [1]. Mais il faut avouer que des actes destinés à constater le décès, qui n'en contiendraient pas la date, offriraient une étrange anomalie [2]. Plus la date de l'événement est importante, plus il convient de la constater à une époque rapprochée du moment où il a eu lieu. Telle

[1] Un seul moment de survie change l'ordre des successions, en en différant l'ouverture, tandis qu'un enfant né quelques heures plus tôt ou plus tard n'en est pas moins habile à succéder, puisqu'il succède avant de naître, par cela seul qu'il est conçu. (C. civ., art. 725.)

[2] Le Code italien (art. 387) prescrit d'énoncer *le lieu*, *le jour et l'heure du décès*.

était la pensée des anciennes ordonnances, qui désignaient l'acte de décès précisément par l'indication de cette mention substantielle. L'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 7) était conçue en ces termes : « Les preuves de l'âge, du mariage, « et du *temps du décès*, seront reçues par des registres en « bonne forme, qui feront foi et preuve en justice. » Écarter la date, c'eût été innover d'une manière tout à fait radicale, en supprimant précisément ce qui était jadis substantiel, Rien n'indique une pareille intention. Nous voyons Tronchet, au contraire, indiquer au Conseil d'État (séance du 6 fructidor an IX) la date comme une des parties les plus essentielles de l'acte de décès et de l'acte de naissance. L'article 79, qui contient l'omission dont on se prévaut, fut voté sans discussion. On ne peut donc tirer qu'un argument extrêmement faible de sa rédaction, comparée à celle de l'article 57, qui prescrit de mentionner la date de la naissance. Peut-être y a-t-il quelque inconvénient, nous en convenons, à donner force probante à la mention du décès, dans l'opinion de ceux qui veulent que la déclaration de décès fasse foi, jusqu'à inscription de faux, des faits déclarés. Mais pour nous, qui ne considérons les faits déclarés devant l'officier, mais non vérifiés par lui, que comme établis jusqu'à preuve contraire, ce danger n'existe pas. Du reste, les formulaires délivrés aux officiers de l'état civil prescrivent cette mention, et elle a toujours eu lieu dans la pratique, bien que la loi de 1792 gardât le même silence que le Code.

544. Enfin il peut y avoir à constater tout à la fois une naissance et un décès, lorsqu'un enfant vient à mourir avant que sa naissance ait été enregistrée. Mais l'enfant présenté sans vie à l'officier de l'état civil était-il venu au monde vivant? C'est là une question fort importante, à raison des droits qui peuvent avoir été acquis et transmis par cet enfant, s'il a réellement vécu. Un décret du 4 juillet 1806 a statué

sur cette hypothèse. L'officier doit exprimer, non que l'enfant est décédé, mais qu'il lui a été présenté sans vie. Il reçoit seulement, quant à la naissance, la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère, et inscrit l'acte à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. (Comp. Cod. ital., art. 374.) L'obligation de déclarer la naissance s'applique d'ailleurs à l'enfant mort-né comme à l'enfant né vivant. (Rej., 27 juillet 1872.)

§ 2. MARIAGE.

SOMMAIRE. — 545. Le mariage n'est point un contrat par écrit. — 546. Inscription sur une feuille volante.

545. Nous avons déjà reconnu (n° 197) que l'écriture n'est pas de l'essence du mariage, qu'elle n'est requise que pour la preuve. Nous avons surtout invoqué l'article 46 du Code civil, qui admet la preuve testimoniale, *s'il n'a pas existé de registres*, et l'article 75 du même Code, qui veut que l'officier civil, après avoir reçu de chaque partie la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, *prononce qu'elles sont unies par le mariage* [1], et en *dresse acte* sur-le-champ. Pothier est formel sur ce point. « Ce sont ces actes », dit-il (*Traité du contrat de mariage*, n° 388), « qui « font la preuve des mariages, et qui établissent les parentés « qui en naissent. Néanmoins, s'il était constaté que les « registres ont été perdus ou qu'il n'en a pas été tenu, la « preuve en ce cas pourrait s'en faire, tant par témoins que « par les registres et papiers domestiques des père et mère « décédés. La raison est que, le mariage étant parfait par « le consentement que les parties se donnent en présence « de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit

[1] Cette formule est imitée de celle qui est prescrite en droit canonique par le concile de Trente : *Ego vos in matrimonium conjungo.*

« qu'il n'est pas de l'essence du mariage et qu'il n'est requis « que pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait « cet acte devient impossible, il est juste d'avoir recours à « des preuves d'une autre nature. »

L'intérêt de la question ne se présente pas seulement dans le cas, heureusement assez rare aujourd'hui, où il n'aurait pas été tenu de registres. L'une des parties pourrait venir à mourir après que les consentements auraient été échangés, mais avant la signature de l'acte. Il peut surtout arriver, et c'est dans cette hypothèse que la question a été agitée, qu'après avoir consenti verbalement, l'un des contractants refuse de signer. La Cour de Montpellier a jugé avec raison, le 4 février 1840, que le contrat est légalement formé par le consentement respectif et par le prononcé de l'union, et que le refus de signature ne saurait dès lors produire aucun effet. La Cour de Riom, au contraire, s'était tellement attachée au système opposé, qui regarde la signature comme essentielle à la célébration, qu'elle avait validé un mariage où le consentement n'avait pas été échangé en présence de l'officier, mais où il y avait eu simplement signature des parties. Mais cet arrêt, qui tendait à détruire la publicité, en concentrant, pour ainsi dire, la solennité du mariage dans une rédaction d'écritures, à laquelle les assistants sont étrangers; a été cassé le 22 avril 1833.

546. Nous avons aussi rattaché (n° 200) à la preuve testimoniale du mariage, afin de ne pas interrompre la suite de nos développements, la question de savoir si on doit refuser toute foi à la feuille volante sur laquelle serait inscrit un acte de mariage. Nous n'avons rien à ajouter aux arguments par lesquels nous avons essayé d'établir (voy. aussi n° 527), contre l'opinion commune, que les mots *acte de célébration inscrit sur le registre* (C. civ., art. 194) ne doivent pas être pris dans un sens restrictif. Nous ferons seulement remar-

quer que l'opinion qui admet ce sens restrictif n'est point parfaitement conséquente. Car, s'il est constant que l'on peut, en l'absence de tout acte, prouver la célébration du mariage à l'aide des souvenirs des témoins, ne serait-il pas singulier qu'on ne dût tenir aucun compte d'un acte revêtu de toutes les formalités requises, par cela seul qu'il n'aurait pas été inscrit sur un registre? Il ne nous semble pas douteux, du moins, que le vice de l'inscription sur une feuille volante ne soit couvert par la possession d'état, puisque l'article 196 du Code, qui parle du concours du titre et de la possession, n'a pas reproduit la nécessité de l'inscription sur le registre, et que l'esprit de la loi est de ne point permettre d'élever des difficultés de pure forme, lorsqu'il y a eu exécution volontaire du mariage. Aussi l'absence même de signature de l'officier se trouve-t-elle couverte par la possession d'état, ainsi que l'a jugé un arrêt de la Cour de Douai, maintenu par la Cour de cassation, le 10 février 1851.

§ 8. FILIATION.

SOMMAIRE. — 547. Distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle. — 548. Preuve de l'identité du porteur de l'acte. — 549. Difficulté spéciale en matière de reconnaissance d'un enfant naturel. — 550. Preuve de l'identité de l'auteur de la reconnaissance.

547. C'est relativement à la filiation que s'élèvent les questions les plus délicates sur la foi des actes de l'état civil. Pour la preuve littérale, comme pour la preuve testimoniale de cette filiation, il importe de distinguer si elle est légitime ou naturelle. Dans le premier cas, les déclarations, même émanées de tiers étrangers aux parents, suffisent, pourvu qu'elles soient reçues par l'officier civil dans la forme ordinaire, pour établir un état dont la constatation est favorable. Dans le second cas, la preuve littérale d'une filiation dont la vérification est toujours scandaleuse et souvent difficile, doit régulièrement émaner des parents eux-mêmes; l'in-

scription sur les registres n'est plus que facultative, au lieu d'être le mode ordinaire de constatation.

548. Avant d'examiner ce qui concerne chacune de ces filiations, rappelons, pour n'avoir plus à revenir sur ce point, ce que nous avons dit en général (n° 536) sur les actes de l'état civil, qu'ils ne peuvent être probants qu'autant que le porteur de l'extrait [1] justifie de son identité avec la personne dénommée dans l'acte. Or, cette difficulté s'élève surtout en matière de filiation. Ceux qui contractent mariage sont généralement d'un âge assez avancé pour qu'il soit aisé de constater leur identité ; des précautions spéciales sont prises en cas de décès, ainsi que nous l'avons vu ; tandis qu'il est extrêmement difficile de reconnaître un enfant, après un long espace de temps. L'identité dans ce cas peut être, nous l'avons dit, prouvée par témoins. Un arrêt de la Cour de Paris du 13 floréal an XIII a jugé avec raison qu'on doit être reçu *de plano* à administrer cette preuve, puisqu'il ne s'agit que d'un simple fait. Suivant d'autres arrêts, au contraire (Rej., 27 janvier 1818 ; Bordeaux, 25 août 1825), il faut que l'enfant qui se présente ait en sa faveur, soit un commencement de preuve par écrit, soit du moins des présomptions ou indices graves. (C. civ., art. 325.) On retrouve dans cette doctrine la confusion que nous avons souvent signalée entre la preuve testimoniale directe, celle du fait que telle femme est accouchée de tel enfant, et la preuve testimoniale indirecte, celle de la possession d'état. Les restrictions de l'article 325 sont tout à fait inapplicables à cette dernière nature de preuve. (Voy. n° 203.) Il en est de même si l'enfant, suivant la judicieuse observation de M. Valette (*Sur Proudhon*, t. II, p. 79), sans avoir la *possession d'état* proprement dite, prétend du moins être en possession

[1] Nous verrons, quand nous traiterons de la preuve de preuve, que la foi de l'extrait se confond avec celle de l'acte original. (C. civ., art. 45.)

d'être le même que l'enfant désigné dans l'acte de naissance. Cette possession de l'identité est un simple fait susceptible d'être établi par témoins [1].

549. Il est évident que cette nécessité de prouver l'identité du porteur de l'acte avec l'enfant qui y est désigné, est commune à la filiation légitime et à la filiation naturelle. La difficulté s'élèvera, à la vérité, plus rarement dans ce dernier cas, la reconnaissance étant souvent faite par un acte notarié, dont il n'est délivré expédition qu'aux parties intéressées : mais lorsqu'elle s'élèvera, l'admissibilité *de plano* de la preuve par témoins aura beaucoup plus d'importance. En effet, pour la filiation légitime, lors même qu'on se placerait sous l'empire de l'article 325 du Code civil, la question serait plus théorique que pratique, les tribunaux ayant, après tout, un pouvoir discrétionnaire pour reconnaître en fait l'existence d'*indices graves*, et pour autoriser l'enquête en conséquence. (Voy. Rej., 27 janvier 1818.) Mais l'enfant naturel se trouverait dans la plus fausse position, si, porteur d'un

[1] Telle est la doctrine professée par d'Aguesseau, dans son vingt-deuxième plaidoyer : « Il peut être certain, dit-il, qu'il y a eu une Marie-Claude Chamois, baptisée sous ce nom dans l'église de Saint-Gervais, fille d'Honoré Chamois et de Jacqueline Girard, sans qu'il soit assuré que celle qui paraît aujourd'hui sous ce nom soit la même que celle qui l'a reçu autrefois, et la malice d'un imposteur pourrait être assez grande pour prendre l'extrait baptistaire aussi bien que le nom d'une personne absente.... Nous sommes néanmoins obligés de reconnaître que, quoique cette preuve ne soit pas précisément par elle-même absolument décisive, elle forme toujours une présomption violente en faveur de celui qui la produit, et tant que l'on ne pourra point représenter celui qui aurait droit de se servir de cet extrait baptistaire, tant qu'on ne peut montrer un extrait mortuaire, en un mot, tant qu'on ne peut justifier ni sa vie ni sa mort, bien loin de pouvoir accuser d'imposture celui qui se sert d'un pareil acte, il semble au contraire qu'il doit être écouté favorablement jusqu'à ce qu'on l'ait convaincu de fausseté et de supposition, en représentant celui dont il emprunte le nom. » D'Aguesseau conclut à l'admission de la preuve testimoniale de l'identité, qui a été autorisée dans l'espèce. L'hypothèse où il serait justifié du décès de la personne dénommée dans l'acte s'est présentée dans la jurisprudence moderne, et il a été jugé (Rej., 5 avril 1820) qu'alors l'acte de naissance doit tomber en présence de l'acte de décès, qui en détruit l'effet.

acte de reconnaissance en bonne forme, il n'était pas admis, sans un commencement de preuve par écrit, à prouver son identité avec la personne dénommée dans cet acte, sous prétexte que ce commencement de preuve lui est nécessaire pour rechercher même la maternité. (*Ibid.*, art. 345.) Cette restriction ne s'applique qu'à la *recherche*, et on n'a jamais qualifié de recherche l'action par laquelle on tend simplement à se faire appliquer une reconnaissance préexistante. La question s'est présentée dans la pratique en ce qui concerne la reconnaissance de la paternité. On s'est demandé d'abord si l'identité de l'enfant naturel vis-à-vis de l'auteur de la reconnaissance peut être établie au moyen de la preuve testimoniale. Cette première question a été résolue affirmativement par la Cour de Bordeaux (le 18 février 1846), attendu que, « si la paternité est un mystère qui n'est pas « susceptible d'une démonstration positive, l'identité résulte « de circonstances de fait qui tombent sous les sens, qui « naturellement peuvent être prouvées par témoins. » La Cour a, au contraire, résolu négativement la question de savoir si un commencement de preuve par écrit est nécessaire [1], « attendu que, si l'article 341 du Code civil dispose « que l'enfant qui réclame sa mère ne peut être admis à « prouver son identité que lorsqu'il a déjà un commence- « ment de preuve par écrit, cette disposition, restreinte au « cas où il s'agit de la recherche de la maternité, est spé- « ciale, et ne peut s'étendre à la question d'identité d'un « enfant dont la filiation naturelle a été reconnue par son « père. » C'est dans le même esprit que la Cour d'Aix, le

[1] La Cour de Bordeaux déclare surabondamment, et fort mal à propos suivant nous (n° 536), que le titre invoqué par l'enfant est un commencement de preuve de son identité. Ainsi que l'a décidé pour l'acte de naissance la Cour de Toulouse, le 13 juillet 1846, la production d'un acte ne rend aucunement vraisemblable l'identité actuelle de l'enfant qui se présente, avec la personne portée en l'acte.

22 décembre 1852, a autorisé l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel à établir par témoins qu'il s'était trompé sur l'identité de l'enfant.

550. La question d'identité peut se présenter à un point de vue inverse : on peut contester l'identité, non plus de l'enfant, mais des parents désignés par le titre. La difficulté n'est guère de nature à se présenter en matière de filiation légitime, et si elle se présentait, point de doute que l'enfant ne fût recevable à justifier, par témoins aussi bien que par titres, de l'individualité de ses parents. Nous pensons qu'il n'y a point non plus de doute quant à la maternité naturelle, le commencement de preuve par écrit n'étant exigé que pour la preuve de l'identité de l'enfant, lorsqu'il recherche la maternité sans alléguer un titre de reconnaissance. (C. civ., art. 341.) Mais si c'est la paternité naturelle qui est en question, sera-t-il permis d'établir par témoins que tel individu est bien l'auteur de la reconnaissance? Suivant un arrêt de cassation du 18 juin 1851, autoriser cette preuve en dehors de l'acte de naissance, c'est virtuellement rechercher la paternité. Mais comment un titre établirait-il l'identité de celui qui y est dénommé? La nature même des choses s'y oppose. L'arrêt rendu par la Cour de Lyon, le 30 août 1848, nous semble, bien qu'il ait été cassé, être dans le vrai, lorsqu'il déclare « qu'en « autorisant à constater l'identité d'un individu qui a paru « dans un acte de l'état civil, on n'autorise pas la recherche « de la paternité, qui serait, au contraire, reconnue par un « acte authentique. » La doctrine de l'arrêt de 1851, prise dans toute sa rigueur, tendrait à rendre illusoires, au moyen d'une contestation d'identité, les reconnaissances les plus formelles. Toutefois, la Cour de Riom, devant laquelle avait été renvoyée l'affaire, ayant jugé, en fait (il y avait identité de nom et de prénoms), que l'identité de l'au-

teur de la reconnaissance était suffisamment établie (14 juillet 1853), la chambre civile, qui avait rendu l'arrêt de 1851, a rejeté, le 7 novembre 1855, le pourvoi formé contre la décision de la Cour de Riom, comme reposant sur une pure *appréciation de faits*. Et cependant, si le juge peut apprécier l'identité, pourquoi lui serait-il interdit d'éclairer sa religion par une enquête? La Cour de Paris (11 juillet 1868) a rejeté la preuve de l'identité, mais dans une espèce bien plus défavorable à l'enfant, la reconnaissance étant faite avec des prénoms intervertis et sans indication du nom de famille.

1° Filiation légitime.

SOMMAIRE. — 551. Preuve préalable du mariage. — 552. Foi de l'acte de naissance quant à la filiation légitime. — 553. Système de l'indivisibilité du titre. — 554. Réfutation de ce système. — 555. Irrégularités diverses que peut présenter l'acte. — 556. Absence de mention de mari. — 557. Mention d'un père inconnu. — 558. Mention d'une paternité adultérine. — 559. Inscription sous le nom de fille de la mère. — 560. Tendance du système de l'indivisibilité du titre. — 561. Peut-on reconnaître un enfant légitime?

551. On l'a dit avec raison, la preuve de la filiation n'emporte pas à elle seule celle de la légitimité. Deux éléments, en effet, constituent la légitimité : le mariage et la filiation. Pour être admis à justifier du second élément, à l'aide des moyens institués par la loi dans ce but, il faut commencer par établir l'existence du premier. « La filiation « des enfants légitimes », dit l'article 319 du Code civil, « se prouve par les actes de naissance inscrits sur le re- « gistre de l'état civil. » Le législateur veut dire par là que les actes rédigés sur la déclaration de tiers, actes qui ne prouvent essentiellement que le nom, le sexe et l'âge de l'enfant, prouvent de plus la filiation, lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. Il faut donc que l'enfant qui veut constater son état au moyen de ces actes, commence par établir sa légitimité hypothétique, c'est-à-dire par démontrer qu'il

existait entre ses prétendus parents un mariage, lequel subsistait encore le trois centième jour avant celui de sa naissance [1]. Seulement, l'enfant, pouvant ignorer le lieu où se sont mariés ses parents, est admis à prouver leur mariage par la possession d'état. (Art. 197.)

552. Le mariage une fois établi, l'acte de naissance devient la preuve de la filiation. Les personnes chargées par la loi de déclarer la naissance sont crues quant à la désignation des parents de l'enfant, du moins jusqu'à preuve contraire, dans notre opinion. Mais cet acte prouve-t-il la maternité seulement, sauf à en induire la paternité au moyen de la présomption légale qui donne le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage? Ou bien prouve-t-il à la fois la maternité et la paternité légitimes? Voilà la question essentielle, qu'il faut aborder préalablement, et dont la solution nous conduira facilement à celle des difficultés de détail que présente le sujet.

553. Pour soutenir que l'acte de naissance prouve à la fois la paternité et la maternité, on fait remarquer qu'il doit énoncer les noms des père et mère (*ibid.*, art. 57), ce qui suppose que les déclarants, qui connaissent habituellement les époux, attestent non-seulement le fait de la maternité, mais celui même de la paternité, en ce sens que, d'après la conduite de la mère, la paternité du mari ne pourrait être contestée. La mention des deux époux comme père et mère de l'enfant est donc, dit-on, constitutive de la légitimité, en tant qu'on peut l'induire de l'acte. Si le mari est omis, le silence sur un point aussi essentiel semble bien

[1] Nous n'ajoutons pas que le mariage doit avoir commencé au plus tard le cent quatre-vingtième jour qui précède la naissance; car, aux termes de l'article 314 du Code civil, l'enfant né dans les cent soixante-dix-neuf premiers jours du mariage est présumé légitime, ou plutôt légitimé, tant qu'il n'est pas désavoué par le mari.

indiquer que l'enfant n'a pas été considéré comme légitime. Or, les enfants légitimes sont les seuls dont la filiation se prouve par les actes de l'état civil. (*Ibid.*, art. 319.) Dès lors une déclaration qui ne mentionne pas le mari se contredit, se détruit elle-même; et si elle n'établit pas l'existence d'une filiation adultérine, qu'il serait impossible de constater légalement, elle n'établit pas non plus celle d'une filiation légitime, puisque l'écrit n'a pas été rédigé suivant le vœu de la loi, et que cette circonstance suffit pour rendre la légitimité au moins douteuse. Il n'est pas permis de scinder la foi du titre, qui doit établir tout à la fois la paternité et la maternité. Si donc le titre paraît supposer une paternité autre que celle du mari, ou bien on y ajoutera foi, et alors on arrivera à reconnaître l'existence d'une filiation adultérine, ce qui eût été possible dans l'ancienne jurisprudence; ou bien on refusera d'y ajouter foi, la législation actuelle n'admettant point la preuve de pareils faits, et alors on devra le rejeter en totalité, puisque ce n'est plus l'acte de naissance d'un enfant légitime.

554. Ce système de l'indivisibilité du titre n'est pas nouveau. Il a été souvent reproduit et réfuté, dans les nombreuses discussions sur les questions d'état qui ont eu lieu devant nos anciens parlements. Dès 1664, l'avocat général Talon y avait déjà répondu que, « comme la preuve de la « filiation avait été estimée par les jurisconsultes une chose « presque impossible, ils avaient tous résolu qu'il suffisait à « un enfant, pour se dire fils légitime, de prouver qu'il « était né pendant le mariage. » Et de nombreux arrêts du parlement de Paris (Merlin, *Répert.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. 2, § 2) avaient sanctionné cette doctrine. Effectivement, ce qui est susceptible d'être vérifié par le témoignage des hommes, c'est l'accouchement. On ne peut arriver à la preuve de la paternité que par une induction tirée de ce que la conception

a eu lieu pendant le mariage et doit être dès lors attribuée au mari, tant qu'il n'y a pas désaveu. Comment pourrait-il en être autrement? Comment l'acte de naissance pourrait-il prouver directement la paternité? Quelles lumières ont les témoins de l'accouchement sur le fait de la conception? Si à Rome, où le système des preuves était si large, la déclaration de la mère elle-même ne faisait pas foi contre son enfant (Scæv., L. 29, § 1, D., *De probat.*), serait-il raisonnable chez nous d'accorder plus de confiance, sur la question de paternité, au médecin, à la sage-femme, ou même à tout individu qui se sera trouvé assister à la naissance? Tout au plus ces personnes peuvent-elles avoir connaissance d'un commerce adultérin. Mais vouloir conclure d'une manière absolue de l'adultère à la non-paternité du mari, c'est une prétention aussi contraire à la logique qu'à l'esprit et au texte de la loi[1]. Toutes les fois donc que les déclarants indiquent explicitement ou implicitement un autre père que le mari, ils attestent ce qu'ils n'ont pas mission d'attester, ce qu'il leur est même impossible de savoir avec certitude. Un titre est indivisible, quand il contient deux énonciations légales qui doivent se combiner. Il cesse de l'être, quand l'une des énonciations est prohibée par la loi, et doit en conséquence être réputée non avenue.

Il est vrai qu'on invoque l'article 57, qui prescrit la mention du père. Mais le même article veut qu'on mentionne les prénoms, noms, profession et domicile des témoins : énonciation qui n'est rien moins que substantielle. D'ailleurs

[1] Le même principe est admis dans la législation anglaise : *Where the husband and wife*, dit M. Greenleaf (tom. I, p. 38), *cohabited together, as such, and no impotency is proved, the issue is conclusely presumed to be legitimate, though the wife is proved to have been at the same time guilty of infidelity.*

cet article prouverait trop; car il ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle, à l'égard de laquelle il n'est nullement permis de déclarer le père. De plus, refuser toute foi à l'acte, à défaut de l'indication du père, qu'il est si facile de suppléer, lorsque la maternité est bien établie, c'est créer, contre l'intention formelle du législateur, des nullités dans les actes de l'état civil, c'est faire dépendre le sort des enfants d'une inexactitude de rédaction[1]. L'opinion qui rejette la prétendue indivisibilité du titre avait déjà prévalu dans l'ancien droit; alors cependant la loi ne prohibait pas, comme aujourd'hui, la constatation d'une filiation adultérine, et nous avons vu (n° 206) que Marie-Aurore avait obtenu du parlement de Paris un arrêt qui la déclarait fille adultérine du maréchal de Saxe. C'est ce qui explique les décisions, peu nombreuses du reste, qui se sont attachées aux énonciations destructives de la légitimité, contenues dans l'acte de naissance. Il était tout simple qu'il fût permis de s'y attacher, puisqu'elles pouvaient faire foi, suivant les circonstances. Néanmoins l'immense majorité des arrêts s'en est tenue à la présomption de la légitimité jusqu'à désaveu. Aujourd'hui nous n'avons plus la raison de douter qui existait alors, puisque les énonciations indiquant une paternité adultérine sont repoussées par la législation actuelle. A une époque même où la subversion des principes constitutifs de la famille avait singulièrement affaibli l'honneur de la légitimité, le 19 floréal an II, la Convention nationale approuva le refus fait par un officier de l'état civil de recevoir la déclaration d'une femme qui attribuait à son enfant un autre père que le mari. Depuis est intervenu le Code civil, qui a expressément prohibé, sauf le cas de désaveu, toute reconnaissance et toute re-

[1] C'est dans cet esprit qu'on a déclaré valable un acte de naissance où la signature du père était omise. (Rej., 23 juin 1869.)

cherche d'une filiation adultérine. Les déclarants n'ont donc pas à déposer sur la paternité, puisqu'ils ne sont nullement autorisés à déclarer un autre père que le mari, qui seul a qualité pour combattre la présomption légale. La désignation du père légitime de l'enfant n'est dès lors qu'une affaire de forme. Si l'omission a été involontaire, il serait par trop injuste qu'elle pût nuire à l'enfant; si, au contraire, elle se rattache à l'indication, plus ou moins explicite, d'une paternité adultérine, les déclarants ont excédé leurs pouvoirs, puisque, de simples narrateurs du fait de l'accouchement, ils se sont transformés en vérificateurs de la paternité.

555. Appliquons maintenant cette solution aux diverses irrégularités que peut présenter l'acte de naissance, sous le point de vue qui nous occupe.

556. Le cas le moins grave est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme, désignée par son nom de femme mariée, sans que le nom du mari lui-même ait été ajouté. Il est difficile en ce cas, même dans l'opinion contraire à la nôtre, de considérer l'acte comme ne faisant point preuve complète. Bien qu'on ne se trouve pas littéralement dans les termes de l'article 57, il faut reconnaître que le mari a été virtuellement désigné comme père, par cela seul que rien n'indique un autre père que lui, et que c'est précisément par le nom qu'elle tient du mari qu'on a désigné la mère. Nous ne pensons donc pas que cette première espèce puisse donner lieu à des doutes sérieux dans la pratique.

557. En second lieu, l'enfant peut avoir été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père inconnu. Les déclarants émettent ici des doutes sur la légitimité. Mais, lors même qu'ils auraient qualité pour émettre des doutes, on devrait toujours décider, puisqu'il n'y a que doute, que la présomption de la loi doit l'emporter. Aussi un arrêt de

rejet du 19 mai 1840 a-t-il considéré en pareille circonstance l'acte comme prouvant suffisamment la légitimité, bien que la mère elle-même fût désignée d'une manière inexacte dans le titre : mais son identité n'était pas douteuse.

558. Le troisième cas est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père déterminé autre que le mari. Ici le mariage se trouve encore attesté par l'acte de naissance même, mais on ajoute la mention positive d'une paternité adultérine. Cette mention ne pourrait avoir de force pour détruire la légitimité qu'autant que le titre serait considéré comme indivisible. Mais nous croyons avoir démontré qu'il est impossible de considérer comme un seul et unique témoignage cette déclaration complexe, que l'enfant est né de telle femme, et qu'il a tel père autre que le mari. Autant il est raisonnable d'attribuer aux témoins de l'accouchement qualité pour attester le premier point, autant il serait dangereux et arbitraire de les en croire sur le second. L'opinion qui veut rejeter l'acte dans son entier, tendrait à réduire dans l'espèce le réclamant (s'il n'a pas de possession d'état) à prouver par témoins le fait de l'accouchement, pourvu toutefois qu'il eût en sa faveur un commencement de preuve par écrit ou des indices graves. Mais l'article 323 du Code civil ne réduit à cette dernière ressource que *l'enfant inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus*. Alors seulement on peut dire qu'il y a *défaut de titre* aux yeux de la loi. Or, celui qui est inscrit sous le nom de sa mère n'est placé dans aucune de ces deux hypothèses; il peut donc se prévaloir de la preuve littérale de la maternité, pour arriver, à l'aide de la présomption légale, à démontrer la paternité légitime. Il en serait ainsi, lors même qu'une reconnaissance formelle tendrait à établir une paternité autre que celle du mari; c'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 12 juillet 1856, et le

en désaveu fondée sur l'impossibilité morale[1]. Mais il y a loin de cette plus grande facilité de désaveu à la destruction complète de la présomption de légitimité.

560. Le système que nous combattons n'est, après tout, qu'une réaction déguisée contre les principes restrictifs du Code civil, quant à la faculté de désaveu pour le mari. Pour multiplier les cas d'exception à la règle qui veut que le mari soit présumé le père de l'enfant conçu pendant le mariage, on attribue aux témoins de l'accouchement la faculté de détruire la preuve de l'état légitime, par cela seul qu'ils font plus ou moins clairement allusion à l'existence d'une paternité adultérine. Du moins, dans l'ancien droit, lorsqu'on s'attachait à la déclaration d'une paternité de cette nature, ainsi que le parlement de Paris le fit, conformément aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, le 31 mai 1745, on pouvait, sans violer aucune loi, décider qu'il y avait *impossibilité morale* de paternité, et constater authentiquement, d'après le dire des déclarants, la paternité adultérine. Aujourd'hui une décision semblable serait une double violation du Code, qui n'admet pas que la simple impossibilité morale puisse faire tomber la paternité, et qui permet encore moins d'attribuer à l'enfant un père autre que le mari de sa mère. Aussi en est-on réduit à prétendre que

[1] Il y avait recel bien plus caractérisé encore dans une autre espèce. (Rej., 4 février 1851.) Un enfant, que toutes les circonstances de la cause faisaient présumer adultérin, avait été inscrit sous le nom d'une femme qui n'était pas sa mère, et qui probablement même n'existait pas. On soutenait que le mari n'était pas recevable à faire rétablir sur les registres la maternité véritable, afin de contester ensuite la légimité de l'enfant. Si ce système, admis par le tribunal de la Seine, avait prévalu, l'enfant adultérin eût choisi ensuite le moment le plus opportun pour faire rectifier son acte de naissance et s'introduire dans la famille légitime. Mais la Cour de Paris et la Cour de cassation ont reconnu au mari un intéret né et actuel à prévenir cette fraude. (Voy. en sens contraire, Angers, 21 mai 1852.) Elles ont ainsi implicitement reconnu le droit de rechercher la maternité, dans un intérêt opposé à celui de l'enfant. (N° 215.)

l'acte ne prouve pas même la maternité : ce qu'on n'a jamais soutenu autrefois, et ce qui est contraire à toute vraisemblance; car quel rapport y a-t-il entre les conjectures plus ou moins exactes que font les déclarants sur le fait de la paternité, et la réalité de l'accouchement, qu'ils ont vu de leurs propres yeux? Enfin, jadis l'enfant pouvait obtenir au moins des aliments des parents adultérins qui lui étaient attribués, tandis qu'on le prive aujourd'hui de toute ressource, en déclarant qu'il n'est ni l'enfant légitime ni l'enfant adultérin de la femme que le bon sens, que l'évidence des faits proclament sa mère.

561. Pour terminer ce qui concerne la preuve écrite de la filiation légitime, nous avons à nous demander si cette filiation, comme la filiation naturelle, à l'égard de laquelle ce mode est le seul prévu, est susceptible de s'établir, même longtemps après la naissance de l'enfant, au moyen d'une reconnaissance authentique, opérée sans l'intervention des tribunaux.

En faveur de l'affirmative, on invoque (Merlin, *Répert.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. 2, § 4, n° 3) l'ancien principe suivant lequel le père ou la mère, s'ils ne peuvent nuire à leur enfant par leurs déclarations, peuvent assurer son état par leur suffrage. *Grande præjudicium,* dit Ulpien (L. 1, § 12, D., *De agnosc. et alend. liber.*), *affert pro filio confessio patris.*

Sans doute, dans une réclamation d'état, un pareil aveu, s'il est fait sans fraude, aura une grande autorité en faveur de l'enfant; mais il ne saurait constituer une preuve légale, dans le système de notre législation, qui n'autorise l'inscription des enfants sur le registre de l'état civil que dans les trois jours, en prescrivant le recours aux tribunaux, lorsque ce délai est dépassé. (N° 540.) Quant à un acte notarié, il est inusité et suspect en matière de filiation légitime. Ces retards calculés pourraient bien n'être qu'un moyen d'éluder

les règles sur l'adoption. (Rej., 9 novembre 1809; Paris, 11 juin 1814.)

2° Filiation naturelle.

SOMMAIRE. — 562. Preuve écrite de la filiation naturelle simple. — 563. Quelle est la foi de l'acte de naissance relativement à cette filiation? — 564. Défense de mentionner la paternité non reconnue. — 565. *Quid* relativement à la maternité? — 566. Quelle est la foi de la mention du nom de la mère? Changement en 1872 de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la preuve de l'accouchement et de l'identité. — 567. Forme de la reconnaissance. Quel officier peut recevoir la reconnaissance. — 568. Reconnaissance faite par testament. Est-elle révocable? — 568 *bis*. Procuration pour la reconnaissance. — 569. Quelle peut être la valeur d'une reconnaissance par acte sous seing privé? — 570. *Quid* relativement aux aliments? — 571. Peut-on reconnaître une filiation incestueuse ou adultérine? — 571 *bis*. Concours de plusieurs reconnaissances dont la combinaison fait ressortir le vice de la filiation.

562. L'acte de naissance constate sans difficulté la filiation naturelle simple, lorsqu'il est rédigé avec le consentement du père ou de la mère.

563. La déclaration des personnes qui, sans être fondées de pouvoir du père ou de la mère, disent avoir assisté à l'accouchement, ne semble pas avoir pour but essentiel de prouver la filiation naturelle, comme elle prouve la filiation légitime, aux termes de l'article 319 du Code civil. Il est certain, du moins, qu'en ce qui touche la preuve écrite de la filiation naturelle, le Code parle de *reconnaissance*, et nullement de déclaration faite par un tiers. Mais l'indication du père ou de la mère peut avoir lieu en fait, et alors on se demande si elle a quelque force.

564. On est d'accord en ce qui touche le père. Bien que les énonciations de l'article 57 comprennent le nom du père, sans distinguer s'il s'agit ou non d'un enfant légitime, on ne doit jamais indiquer le père naturel, lorsqu'il ne se déclare pas. En effet, le premier projet de loi sur les actes de l'état civil, présenté en l'an X, contenait un article ainsi conçu : « S'il est déclaré que l'enfant est né hors mariage, et si la « mère en désigne le père, le nom du père ne sera inséré « dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle qu'il

« a été désigné par la mère. » Mais cette disposition fut vivement combattue par le Tribunat, comme tendant indirectement à faire revivre la recherche de la paternité, et le projet fut retiré. L'article fut retranché l'année suivante, lors de la rédaction définitive, et il fut dit expressément, dans les discours qui précédèrent le vote de la loi, que la mention du père dans l'article 57 n'a trait qu'à la filiation légitime. Il ne peut y avoir de doute que dans le cas d'enlèvement, où la recherche de la paternité est admise. Mais qui garantira à l'officier civil que le fait de l'enlèvement est réel, que la personne qu'on lui désigne est bien le ravisseur de la mère, enfin que l'époque de la conception se rapporte à celle de l'enlèvement? Il vaut mieux ne rien préjuger sur ces questions délicates, en s'abstenant d'énonciations de cette nature, jusqu'à ce que les tribunaux aient prononcé. Ainsi, dans toutes les hypothèses, la mention du père n'a aucune force probante à son égard.

565. Les opinions sont partagées en ce qui concerne la mère. Puisque la recherche de la maternité est admise, il semble que la révélation du nom de la mère n'a rien de contraire à l'esprit de la loi. Et si la mention du père a été proscrite dans la pensée du législateur, aucune difficulté n'a été soulevée quant à celle de la mère, à l'égard de laquelle il n'y a pas la même incertitude. Il est d'usage, effectivement, dans la rédaction des actes de naissance, surtout à Paris, de désigner la mère, sans s'être assuré au préalable de son consentement. Cette mention est-elle obligatoire; est-elle proscrite; est-elle simplement facultative?

La première opinion avait été consacrée par plusieurs Cours d'appel qui, assimilant la maternité naturelle à la maternité légitime, avaient été amenées, par voie de conséquence, à appliquer les peines portées par l'article 346 du Code pénal (n° 540), au cas où il y avait eu déclaration de

la naissance de l'enfant sans indication du nom de la mère (Dijon, 14 août 1840; Paris, 20 avril 1843). Mais la Cour de cassation a jugé que la révélation de la maternité n'est obligatoire pour personne, l'article 346 du Code pénal ne prescrivant que la déclaration du fait de la naissance; que spécialement à l'égard des médecins et sages-femmes, elle constitue une violation du secret que leur impose leur profession (C. pén., art. 378), et que tout règlement tendant à provoquer cette révélation[1] est frappé d'illégalité[2]. (Rej., 16 septembre 1843, 1er juin 1844 et 18 juin 1846.) — Suivant une seconde opinion, que nous avions admise d'abord, l'indication de la mère, faite sur la simple foi des déclarants, doit être proscrite, comme présentant de graves dangers. Si la déclaration est fausse, c'est une injure adressée gratuitement à une femme honnête; si elle est vraie, en supposant que la mère ne soit pas fondée à se plaindre, n'est-il pas à craindre que l'avortement ou l'infanticide ne préviennent une révélation accablante? — Nous pensons aujourd'hui, conformément à l'opinion la plus généralement admise, que l'officier civil, s'il ne doit pas exiger l'indication de la mère, ne doit pas non plus l'omettre, lorsqu'elle est offerte spontanément. Cette indication, nous allons le reconnaître, n'est pas sans intérêt pour l'enfant, et elle a lieu dans la pratique sans offrir le danger dont nous nous étions préoccupé, danger qui n'existerait qu'autant que la déclaration serait obligatoire. L'article 336 du Code civil, en limitant les effets de la reconnaissance du père faite

[1] L'arrêt de rejet du 1er juin 1853 (cité pag. 139) est en opposition avec cette doctrine dans un de ses considérants; mais l'arrêt de 1853 n'avait point à juger la question, tandis qu'elle a été tranchée *in terminis* par ceux de 1843, de 1844 et de 1846.

[2] Un arrêté du préfet de la Manche, du 10 avril 1845, en supprimant les tours, astreignait les propriétaires des maisons d'accouchement à inscrire sur un registre les noms des femmes qu'ils y recevaient, sous les peines portées par l'article 475, n° 2, du Code pénal.

sans l'indication et l'aveu de la mère, ne suppose-t-il pas que cette indication peut avoir lieu?

566. Lorsqu'en fait la maternité a été déclarée, quelle sera la foi de cette déclaration? Il faut examiner, avant tout, si elle a eu lieu avec le consentement de la mère. Une procuration spéciale et authentique est exigée par le Code (art. 36), au cas où il s'agit de remplacer une partie qui devait comparaître, par exemple, un ascendant lors du mariage de son enfant; mais lorsqu'une personne a qualité pour déclarer la naissance, il nous semble qu'il n'y a plus qu'à apprécier, d'après les règles du droit commun sur le mandat (*ibid.*, art. 1985), si elle a été autorisée par la mère à déclarer son nom. Telle est, du moins, la doctrine consacrée par les jugements du tribunal de la Seine du 4 janvier 1850 et du tribunal de Versailles du 8 mai 1857, confirmés sur appel. (10 mai 1851 et 30 avril 1859.) Observons d'ailleurs que la loi de 1843, qui paraît exiger une procuration authentique pour la reconnaissance (n° 476), n'est applicable qu'aux actes notariés.

En supposant qu'il n'apparaisse point de mandat exprès ou tacite de la mère, la mention de son nom dans l'acte de naissance ne sera-t-elle qu'une simple indication, dépourvue de toute valeur juridique; sera-t-elle un commencement de preuve par écrit; ou bien fera-t-elle foi, sinon de l'identité, du moins de l'accouchement?

Une opinion que nous avons longtemps partagée, considère cette mention comme constituant tout au plus un simple renseignement, de nature à mettre l'enfant sur la trace de son origine. Elle se fonde surtout sur le silence du Code, qui parle toujours de *reconnaissance*, et jamais d'acte de naissance, dans la section consacrée à la preuve de la filiation des enfants naturels. Elle signale une différence sensible entre la maternité légitime, fait honorable, dont

on peut emprunter la preuve à des déclarations émanées de tiers, et la maternité naturelle, fait déshonorant, qu'il ne doit pas être permis d'imputer à une femme sans son aveu. Tel est, en effet, le système de nombreux arrêts de Cours d'appel (voy. Rouen, 24 juillet 1862; Lyon, 20 juin 1867; et Grenoble, 26 décembre 1867), qui considèrent l'acte de naissance comme ne faisant pas même preuve de l'accouchement. Suivant un arrêt de la Cour de Bourges, du 2 mai 1837, la réunion même de l'acte de naissance et de la possession d'état ne suffirait point pour établir la filiation naturelle, en l'absence d'un commencement de preuve par écrit; et nous allons voir qu'un arrêt récent de la chambre civile de la Cour de cassation, rompant avec les précédents de la Cour, est revenu à ce système.

Suivant une opinion intermédiaire, l'énonciation de la mère constituerait du moins le commencement de preuve par écrit exigé pour la recherche de la maternité. C'est ce qui a été jugé quelquefois, notamment par la Cour de Paris, le 19 mars 1850. On pourrait, en effet, voir dans l'acte de naissance, bien que non émané de la mère, un commencement de preuve de l'accouchement, en admettant, comme nous l'avons fait en définitive (n° 210), que l'écrit ou l'on puise ce commencement de preuve puisse être l'œuvre d'un tiers. Mais, dans tous les cas, on ne saurait y trouver, pas plus en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation légitime (n°s 536 et 548), le commencement de preuve par écrit de l'identité, second élément de la recherche de la maternité : c'est ce qu'ont décidé un arrêt de rejet du 28 mai 1810 et un grand nombre d'arrêts de Cours d'appel. (Voy. surtout Douai, 14 décembre 1864.) Aussi le législateur a-t-il abandonné la première rédaction de l'article 341, ainsi conçue : « Le registre de l'état civil qui constatera la « naissance de l'enfant né de la mère réclamée, et duquel

« le décès ne sera pas prouvé, pourra servir de commence-
« ment de preuve par écrit. » Cet alinéa a été supprimé sur l'observation de Cambacérès, « que la question sera de sa-
« voir si le registre s'applique à l'enfant, et que l'on tom-
« bait ainsi dans un cercle vicieux. » Il ne faut donc point s'arrêter à ce système intermédiaire[1]. (Voy. Paris, 30 avril 1859.)

Suivant une jurisprudence suivie pendant près de vingt ans par la Cour de cassation, l'acte de naissance fait preuve de l'accouchement. Un arrêt de rejet, rendu par la chambre civile, le 1er juin 1853, pose en thèse que l'accouchement est un fait manifeste, dont on peut rendre témoignage avec certitude. Il invoque ensuite divers arguments de texte, dont on peut contester la valeur : 1° l'article 346 du Code pénal, qui punit le défaut de déclaration; mais, d'après la jurisprudence constante de la chambre criminelle (n° 565), cet article 346, ne se référant pas à l'article 57 du Code civil, n'exige point la déclaration de la maternité; 2° l'article 345 du Code pénal, qui frappe d'une peine sévère la supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée, sans distinguer si la maternité imputée est naturelle ou légitime; mais on pourrait répondre que nos lois, en parlant d'enfant, ont habituellement en vue l'enfant légitime. Ce qui nous touche plus que ces arguments, c'est

[1] Une nouvelle distinction se trouve indiquée dans un arrêt de la Cour de Caen, du 24 mai 1858, aux termes duquel la déclaration de l'accouchement, non contredite par la mère ni par la famille, ferait foi *à l'égard des tiers* de la filiation de l'enfant. Le tiers, dans l'espèce, était le préfet qui contestait, dans l'intérêt du recrutement, l'exemption d'un enfant naturel dont le frère était mort sous les drapeaux. Mais comment une déclaration non probante vis-à-vis des intéressés le deviendrait-elle vis-à-vis des tiers ? C'est là une erreur, en sens opposé de celle qui attribue à l'acte authentique une foi plus pleine à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers. Si la maternité n'est point établie vis-à-vis de la mère, elle ne l'est vis-à-vis de personne; si, comme nous le pensons, l'acte fait foi vis-à-vis de la mère, il est, vis-à-vis des tiers, suivant les expressions de Dumoulin (n° 508), *æque publicum et probans*.

que la mention de l'accouchement a lieu en pratique, et est presque toujours conforme à la vérité.

Ajoutons, suivant une observation ingénieuse de M. Valette (*Cours de Code civil*, tom. I, p. 423), que l'article 341 du Code civil, relatif à la recherche de la maternité, en fixant la marche à suivre pour la preuve de l'identité de l'enfant, suppose implicitement le fait de l'accouchement préalablement établi par l'acte de naissance.

Le point délicat, sur lequel l'arrêt de 1853 était loin d'être satisfaisant, c'est ce qui touche la preuve de l'identité. Cette preuve ne résulte point de l'acte, qui, même en ce qui touche la filiation légitime, ne saurait, par la force même des choses, établir l'identité du réclamant avec la personne y dénommée. Or, l'arrêt de 1853 supposait qu'aux termes de l'article 341, l'enfant porteur d'un acte de naissance indicatif de la maternité ne serait tenu de prouver son identité qu'en cas de contestation sur ce point : ce qui semblait conduire à cette conséquence que l'acte prouve *prima facie* l'identité. Mais la chambre civile avait développé sa doctrine, d'une manière plus complète et plus rationnelle, dans un autre arrêt de rejet du 19 novembre 1856, où elle déclare que, « si l'acte de naissance fait foi de l'accouche-« ment, c'est-à-dire du fait même de la maternité, cepen-« dant cet acte ne constitue pas, par lui-même et à lui seul, « la preuve de l'état de l'enfant qui prétend s'en appliquer « le bénéfice; qu'il doit, en outre, établir son identité avec « l'enfant dont la mère est accouchée; que la constatation « de cette identité ne peut résulter que d'une reconnaissance « formelle ou tacite de celle-ci, ou d'une action en re-« cherche de maternité, admise par justice. » Ainsi, l'acte de naissance fournit le premier élément; le second peut résulter d'une reconnaissance même *tacite*, c'est-à-dire, le plus souvent, de la possession d'état. C'est ainsi que la jurispru-

dence arrivait à compléter par la possession d'état les éléments de preuve fournis par le titre. Repoussant, comme MM. Demolombe et Valette, la doctrine étroite qui subordonne à un commencement de preuve par écrit la justification de la possession d'état (n° 216), nous nous unissions à nos honorables collègues pour accepter subsidiairement le système qui donnait à cette possession une grande force, puisqu'il en faisait un moyen de corroborer l'énonciation souvent contenue en fait dans l'acte de naissance.

La jurisprudence de la chambre civile semblait bien fixée. Elle avait cassé, le 1er décembre 1869, l'arrêt précité de la Cour de Lyon, du 20 juin 1867, en posant en principe que « l'acte de naissance dressé dans les conditions de l'art. 56, « Cod. Nap., fait foi de l'accouchement. » La Cour de Montpellier ne faisait donc que se conformer à la doctrine de la Cour régulatrice, lorsqu'elle jugeait, le 13 juillet 1870, que l'acte de naissance, qui indiquait la maternité, confirmé par des faits de possession d'état, équivalait à une reconnaissance formelle. Grande a été la surprise parmi les jurisconsultes, lorsqu'ils ont appris que cet arrêt avait été cassé par la chambre civile, le 3 avril 1872. Aux termes de cet arrêt, « un enfant naturel n'est légalement reconnu que « par la déclaration volontairement faite dans un acte au- « thentique aux termes des articles 334 et 336 du Code Napo- « léon, ou par la déclaration de paternité ou de maternité « judiciairement prononcée dans les cas prévus et sous les « conditions déterminées par les articles 340 et 341 du même « Code. — Cette reconnaissance authentique ne peut être « suppléée par une possession d'état conforme à l'acte de « naissance. »

Ce revirement de jurisprudence n'est justifié par aucun motif nouveau; c'est l'affirmation pure et simple d'une doctrine qui paraissait abandonnée, doctrine trop souvent contraire à

l'évidence des faits mettant en lumière la filiation. La décision de 1872 est d'autant plus extraordinaire que, dans une autre partie des considérants, la Cour adoptait comme moyen de cassation une fin de non-recevoir, puisée dans la doctrine que nous avons signalée (n° 215), qui refuse aux héritiers de l'enfant le droit de rechercher la maternité, lorsqu'il a gardé le silence. C'est donc sans aucune nécessité que la chambre civile est revenue sur ce qu'elle avait constamment jugé relativement à l'acte de naissance corroboré par la possession d'état [1]. Espérons que cette question sera portée devant les chambres réunies de la Cour de cassation, et y recevra une solution meilleure.

567. Le mode de preuve préconstituée consacré pour la reconnaissance volontaire de la paternité ou de la maternité naturelle consiste, soit dans l'inscription de cette reconnaissance sur les registres de l'état civil, soit dans la rédaction d'un acte authentique, destiné à la constater. (C. civ., art. 34 et 334.) Cette dernière forme a été établie afin de permettre les déclarations secrètes, qui assurent le sort de l'enfant sans compromettre la réputation de ceux qui les souscrivent. Si on n'a pas été plus loin, si on n'a pas admis comme titre valable un acte sous seing privé, c'est qu'on a pensé qu'afin de s'assurer de la liberté de la reconnaissance, il fallait que la présence d'un officier public vînt attester que la déclaration avait été faite sérieusement, et non sous l'empire d'un entraînement passager [2]. Rappelons

[1] La Cour de cassation ne paraît pas du moins être revenue sur sa jurisprudence beaucoup plus ancienne, qui voit dans la possession d'état, comme dans tout autre aveu, exprès ou tacite, de la mère la confirmation de l'indication faite par le père de la maternité aux termes de l'article 336 du Code civil. (N° 217.)

[2] Les frais, d'ailleurs, sont trop peu considérables pour qu'on puisse supposer qu'ils fassent reculer les parents naturels devant l'accomplissement d'un devoir : la régie de l'enregistrement ne perçoit sur les actes de reconnaissance qu'un droit fixe de cinq francs (loi du 28 avril 1816, art. 45),

que la loi du 21 juin 1843 (art. 2) exige pour les actes portant reconnaissance d'enfant naturel, la présence du notaire en second ou des témoins. (N° 476.)

On ne peut considérer comme acte authentique que l'acte émané d'un officier qui, ayant qualité pour recevoir les déclarations des parties, offre les garanties dont la loi a voulu entourer la reconnaissance. Les notaires[1] sont incontestablement dans cette catégorie. Nous pensons qu'il en est de même des juges de paix, assistés de leurs greffiers, et cette décision, consacrée par la jurisprudence, est en harmonie avec le droit attribué à ces fonctionnaires de recevoir d'autres actes relatifs à l'état des personnes, tels que ceux d'adoption et d'émancipation. (C. civ., art. 353 et 477.) Vainement a-t-on combattu cette doctrine, en invoquant un arrêt de la Cour de Dijon, du 24 mai 1817, qui refuse aux commissaires de police qualité pour recevoir un acte de reconnaissance. Ces commissaires sont étrangers à la juridiction civile, tandis qu'un acte semblable rentre assez naturellement dans les attributions du juge de paix, qui peut le recevoir, on en convient, lorsqu'il préside un conseil de famille. (Douai, 22 juillet 1856.) Nous pensons toutefois que la Cour de cassation a été trop loin lorsqu'elle a attribué (Rej., 15 juin 1824) au greffier seul de la justice de paix qualité pour donner acte de la reconnaissance d'un enfant naturel. Si les déclarations de grossesse pouvaient se faire autrefois au greffe, c'était pour faciliter aux femmes enceintes hors mariage le moyen de se soustraire à la terrible présomption d'infanticide qu'entraînait, aux termes de l'édit

et ils sont enregistrés gratuitement (loi du 15 mai 1818, art. 77) quand les parents sont dans un état d'indigence notoire.

[1] Aucun texte ne prescrit la transcription de l'acte de reconnaissance notarié sur les registres de l'état civil. Cette exigence serait contraire à l'esprit de la loi, qui a voulu, surtout pour la mère, qu'on pût éviter la publicité.

de 1556, le recel de la grossesse. Il n'existe aucune attribution semblable pour les greffiers dans le droit actuel. Mais nous admettons volontiers, avec un arrêt plus récent de la Cour de cassation (Cass., 1er décembre 1869), que cette déclaration reçue par le greffier vaut commencement de preuve par écrit (art. 341), pour autoriser la recherche de la maternité.

De plus, puisque, nous l'avons vu (n° 467), l'article 54 du Code de procédure n'a voulu refuser au procès-verbal de conciliation que la force exécutoire, et non l'authenticité intrinsèque, une reconnaissance pourrait être valablement constatée par ce procès-verbal. (Pau, 5 prairial an XIII; Colmar, 25 janvier 1859.) Il faut supposer que les parties se sont volontairement présentées au bureau de paix, puisque les causes non susceptibles de transaction sont dispensées du préliminaire. (C. de proc., art. 48.) Des doutes assez graves se sont pourtant élevés dans cette hypothèse, l'aveu de paternité intervenu à la suite de poursuites, même illégales, paraissant manquer de spontanéité; la Cour d'Angers a, en conséquence, déclaré nulle en de pareilles circonstances une transaction portant reconnaissance de la paternité. (Arr. du 17 juillet 1828.) Mais on peut répondre que, la recherche de la paternité n'étant plus admise, il n'est pas à craindre dans le droit actuel que la reconnaissance soit extorquée par la menace d'un procès. C'est en ce sens que la Cour de cassation a déclaré valable une reconnaissance précédée de poursuites judiciaires (Rej., 6 janvier 1808), et il en serait de même, à plus forte raison, si la reconnaissance avait été faite à l'audience. (Colmar, 24 mars 1813.) Au surplus, il est difficile qu'il intervienne en ce cas un arrêt de cassation, les tribunaux ayant un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la spontanéité de l'aveu; on peut craindre le scandale d'un procès, même mal

fondé, lorsqu'il est d'une nature aussi scandaleuse. Ce qui est évident, du reste, c'est qu'on ne devrait attribuer aucune force à la déclaration faite devant un fonctionnaire administratif (Pau, 18 juillet 1810), ni, à plus forte raison, à celle qu'aurait reçue un ministre du culte. (Paris, 22 avril 1833.)

568. L'acte authentique ne doit pas nécessairement être spécial. Il n'est pas douteux qu'un testament ou un contrat de mariage ne puisse contenir accessoirement la reconnaissance d'un enfant naturel. Si le testament n'est pas authentique, mais seulement mystique, c'est-à-dire remis avec certaines formes, en présence de six témoins, entre les mains d'un notaire, qui en constate le dépôt par un acte de suscription (C. civ., art. 976), des auteurs graves pensent que ces garanties équivalant à celles qu'offre le testament authentique, la reconnaissance est encore valable. Mais cette opinion n'est pas exacte, si l'acte contient seulement mention, en la forme ordinaire, que le testament a été déposé avec les solennités requises; car rien n'indique au notaire et aux témoins cette reconnaissance, dont l'insertion dans le testament mystique peut fort bien n'avoir pas été l'œuvre d'une volonté libre. Il nous semble donc nécessaire, pour satisfaire au vœu de la loi, que l'acte de suscription contienne la mention expresse que tel enfant naturel a été reconnu par le testateur. A plus forte raison refuserons-nous tout effet sous ce rapport à un testament purement olographe. La Cour de cassation avait jugé le contraire sous l'empire de la coutume de Paris, qui réputait (art. 289) *solennel* ce testament. Mais sous l'empire du Code civil, qui ne dit rien de semblable, elle décide (Rej., 7 mai 1833 et 18 mars 1862) qu'un acte de cette nature ne peut être considéré comme authentique. En effet, il y a bien date certaine; mais nous avons vu que la question n'est point là,

et que le législateur a exigé comme garantie de liberté la présence d'un officier public. Or, un testament olographe offre autant de prise à l'entraînement et à la suggestion qu'un acte sous seing privé ordinaire.

Lorsque la reconnaissance d'un enfant naturel a été ainsi faite par un acte révocable, notamment par un testament, la révocation du testament fait-elle tomber la reconnaissance? Merlin (*Rép.*, v° FILIATION, § 7) a soutenu l'affirmative, et sa doctrine, à cet égard, se rattache à la théorie générale qu'il professe, sur la question, déjà débattue autrefois, qui consiste à savoir si l'aveu d'une dette, confirmé dans un testament, est susceptible d'être révoqué. (*Ibid.*, v° TESTAMENT, sect. 2, § 6.) Mais, loin de s'attacher à cette théorie, Pothier (*Don. test.*, chap. VI. sect. 2, § 3) enseignait, avec raison suivant nous, que l'aveu doit être réputé sincère, et que dès lors il ne saurait être révoqué, sauf aux héritiers à le faire tomber en établissant l'intention, chez leur auteur, de faire une libéralité déguisée. Lors même que l'on regarderait comme suspectes de pareilles reconnaissances de dettes, il nous semble qu'il faudrait attribuer un caractère autrement sérieux à une reconnaissance d'enfant naturel ; il est peu probable qu'on fasse une fausse reconnaissance pour couvrir une libéralité, et dès lors l'aveu de la paternité fait par testament a en sa faveur une présomption de vérité, aussi bien que s'il avait eu lieu par acte entre-vifs. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. (Amiens, 9 février 1826; Caen, 5 juillet 1826; Bastia, 17 août 1829.) L'opinion contraire reconnaît qu'on peut voir dans le testament révoqué, s'il émane de la mère, un commencement de preuve par écrit. Mais c'est là une inconséquence manifeste ; car, si la révocation a pour effet, ainsi qu'on le prétend, de faire considérer l'acte comme non avenu, il n'est point permis de le faire revivre, contrairement à la volonté du testateur. Que

si l'on peut y puiser une preuve, la preuve est complète par elle-même. On a également maintenu (Grenoble, 6 mai 1861) la reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un contrat de mariage demeuré caduc, faute de célébration de mariage entre les contractants.

568 *bis*. La procuration à l'effet de reconnaître un enfant naturel doit être authentique (L. du 21 juin 1843, art. 2) et spéciale (Cod. civ., art. 36). Mais la spécialité doit-elle s'entendre avec une telle extension qu'il soit nécessaire de désigner la mère, si la reconnaissance a lieu durant la grossesse? Le nom de la mère peut-il alors être révélé confidentiellement au mandataire, sans figurer dans la procuration authentique? L'espèce s'est présentée devant la Cour d'Aix, un capitaine de marine, avant de partir pour un voyage de long cours, où en effet il a péri, ayant donné à un de ses amis « pouvoir exprès et spécial de reconnaître l'enfant qui « naîtrait, pendant son absence, de la personne par lui dési- « gnée et indiquée audit sieur N., et dont ladite personne « était, à cette époque enceinte des œuvres dudit capitaine, « qui le déclarait. » Quelque favorables que fussent ces circonstances, l'arrêt de la Cour d'Aix (30 mai 1866), qui avait déclaré la procuration suffisante, a été cassé, le 12 février 1868, par ce motif que, s'il est permis de reconnaître un enfant non encore conçu, c'est au moyen de la désignation précise de cet enfant par l'indication de la personne enceinte des œuvres du mandant; et que cette désignation cesse d'être authentique et spéciale si elle n'est exprimée que par une simple communication, verbale et confidentielle, du mandant au mandataire.

569. Lorsque l'enfant est porteur d'un acte de reconnaissance sous seing privé, peut-il utilement assigner en vérification d'écriture le signataire de cet acte? Toullier (tom. III, n° 951) soutient l'affirmative sans distinction,

parce qu'il ne regarde pas comme impérative la disposition du Code qui exige une reconnaissance authentique ; mais cette opinion paradoxale, bien qu'adoptée par la Cour de Rennes, le 31 décembre 1834, est universellement rejetée. Si l'authenticité est exigée comme garantie du libre consentement, celui qui a souscrit un acte sous seing privé récognitif de la paternité, quelque blâmable que puisse être en conscience sa conduite, peut fort bien, aux yeux de la loi, refuser purement et simplement de répondre à la demande dirigée contre lui. Les mêmes motifs n'existent pas à l'égard de la mère ; la surprise est peu à craindre lorsqu'il s'agit de faits aussi positifs que la grossesse et l'accouchement. On peut donc faire vérifier en justice l'écrit émané de la prétendue mère, et s'il est reconnu ou tenu pour reconnu, il aura indubitablement contre elle la force d'un commencement de preuve par écrit. Mais prouvera-t-il à lui seul la maternité ? S'il la prouve, à quoi bon dire, en ce qui concerne la mère, qu'un acte authentique est exigé ? Il faut distinguer, suivant nous, si la mère a reconnu sa signature sans faire aucune réserve, ou bien si la signature a été seulement vérifiée contre elle. Dans le premier cas, la reconnaissance est authentique, puisqu'il y a aveu judiciaire. Dans le second cas, il y a bien commencement de preuve, mais il n'y a pas reconnaissance dans les formes légales, et il faudra d'autres preuves pour fortifier celle qui résulte de l'acte. (Paris, 17 juillet 1858.)

570. L'écrit sous seing privé par lequel on reconnaît la paternité, peut-il au moins valoir pour autoriser l'enfant à réclamer des aliments ? La négative, combattue dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code, est tenue aujourd'hui pour certaine (Douai, 3 décembre, et Aix, 14 juillet 1853), puisque les aliments ne sauraient être exigés qu'en vertu d'une qualité que l'acte est insuffisant

pour établir. Mais on admet assez volontiers la validité d'une promesse d'aliments faite par l'acte même à l'enfant qui aurait été ainsi reconnu. Vainement dira-t-on que la promesse, n'ayant pour cause que la qualité de père, tombe avec la déclaration de paternité, à laquelle elle était intimement liée. (Bourges, 11 mai 1841.) Le fait seul que le signataire a pu considérer comme probable sa parenté avec l'enfant, suffit pour que la promesse d'aliments ne soit pas sans cause : on sait d'ailleurs combien les aliments sont toujours favorables (Rej., 10 mars 1808; Bordeaux, 5 août 1847 et 5 janvier 1848; Paris, 24 novembre 1860.)

571. Il nous reste à parler de la filiation incestueuse ou adultérine. Suivant une opinion émise, ainsi que nous l'avons vu, par l'orateur du Tribunat, et adoptée par plusieurs Cours d'appel (n° 212), il serait permis de constater une filiation de cette nature, soit afin de faire obtenir à l'enfant des aliments, soit, au contraire, afin de faire réduire les libéralités dont il aurait été l'objet. Ce système, qui tend à donner effet dans une certaine mesure à une reconnaissance prohibée par un texte formel (C. civ., art. 335), est proscrit par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. (Voy. les nombreux arrêts rendus en ce sens, dont le premier est du 28 juin 1835, et les derniers du 30 avril et du 1er mai 1861.) Néanmoins, en ce qui touche les dons et legs, plusieurs arrêts de cette Cour, conformément à une doctrine enseignée par Merlin (*Répert.*, v° FILIATION, § 20), ont établi (Rej., 4 janvier 1832 et 7 décembre 1840; Cass., 3 février 1841; Rej., 31 juillet 1860 et 22 janvier 1867) une distinction entre le cas où la reconnaissance et la libéralité ont eu lieu par des actes séparés, et celui où c'est un seul et même acte, notamment un testament, qui constate la filiation de l'enfant et contient une libéralité en sa faveur. Dans la première hypothèse, la Cour maintient strictement

le principe suivant lequel la reconnaissance est réputée non avenue, et elle valide dès lors la libéralité faite par acte séparé. Dans la seconde hypothèse, touchée du scandale que présente un don fait ostensiblement au fruit de l'adultère ou de l'inceste, elle annule la donation ou le testament, en se fondant sur un motif nouveau, sur ce que la reconnaissance et la libéralité étant indivisibles dans l'espèce, cette dernière doit tomber comme ne reposant que sur une cause illicite. (C. civ., art. 1131.) Mais, ainsi qu'on l'a fait observer [1], c'est là confondre la cause de l'obligation avec le motif. Dans une disposition à titre gratuit, la cause n'est autre que l'intention de faire une libéralité, et les tribunaux n'ont nullement le droit de scruter les motifs du disposant, comme s'il s'agissait de rechercher la cause d'un billet. C'est ainsi que la jurisprudence moderne n'hésite pas à proclamer valables les dons et legs motivés expressément sur le concubinage, même sur l'adultère ou sur l'inceste, quoiqu'il y ait une immoralité bien autrement flagrante à gratifier en quelque chose le complice qu'à assurer le sort du fruit de ces déplorables unions. D'un autre côté, il n'est point parfaitement rationnel de s'attacher uniquement à cette circonstance de fait que la reconnaissance et la libéralité se trouvent dans un seul et même acte. N'est-il pas souvent manifeste, à part cette circonstance, que le don ou le legs n'a été motivé que par la parenté? Aussi Merlin finit-il par admettre (*Ibid.*, § 22) que la reconnaissance faite par acte authentique doit, dans tous les cas, assurer des aliments à l'enfant. La Cour de cassation refuse d'aller aussi loin, et cependant c'est consacrer implicitement ce système que de refuser, ainsi que l'a fait l'arrêt de 1832, « à l'enfant adul-

[1] M. Devilleneuve (1846, part. I, p. 721), reproduisant les arguments de Marcadé, avait vivement critiqué cette distinction; mais ses continuateurs (1860, part. I, p. 232) ont adhéré à la jurisprudence de la Cour suprême.

« térin ou incestueux, reconnu par acte testamentaire, la « faculté de recevoir au delà des aliments que l'article 762 « lui accorde. » Nous pensons que l'article 762 ne peut avoir d'application qu'au cas où la filiation adultérine ou incestueuse résulte de la force même des choses (n° 214), mais que toute reconnaissance volontaire doit être réputée non avenue.

571 *bis*. En admettant la nullité d'une reconnaissance de cette nature, il reste à se demander ce qu'on doit décider dans l'hypothèse de deux reconnaissances, dont le concours donne à la filiation un caractère adultérin ou incestueux, qu'elle n'aurait point si l'on s'attachait seulement à l'une des reconnaissances.

Si les deux reconnaissances sont faites par le même acte, on pourrait sans doute, dans l'intérêt de l'enfant, maintenir celle qui ne lui attribue qu'une filiation naturelle simple, par exemple, la déclaration de paternité, au cas de reconnaissance d'un enfant par un individu libre et par une femme mariée; mais il est bien à croire en réalité que les deux reconnaissances se tiennent intimement. Il convient, en conséquence, de les rejeter toutes deux comme entachées du même vice. La jurisprudence (voy. les arrêts, l'un de cassation, l'autre de rejet du 1er mai 1861) applique même cette décision au cas où la reconnaissance a été faite par l'un des parents, mais avec indication de l'autre.

Que si les deux reconnaissances sont isolées et sans corrélation l'une avec l'autre, il n'y a aucune raison pour faire prévaloir l'une d'elles, sauf peut-être, toutes choses égales, à donner la préférence à la reconnaissance de la femme, la maternité étant beaucoup plus certaine. Dans le silence de la loi, ce sera au juge à apprécier les faits. C'est ce que l'on décide d'ailleurs au cas de plusieurs reconnaissances de paternité. (Rej., 10 février 1845.)

Observons, en terminant, qu'il y a une certaine inconséquence dans le système de la loi, qui établit des prohibitions rigoureuses, et permet en même temps de les éluder, en n'autorisant point la preuve des faits auxquels elles s'appliquent. « Cette ignorance affectée de la loi », dit avec raison M. Demolombe (tom. V, n° 561), « est en contradiction « avec l'évidence des faits, et produit un scandale souvent « beaucoup plus grand que la vérité même qu'on n'a pas « voulu reconnaître et qu'on n'a pas pu dissimuler. »

DEUXIÈME SECTION.

ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 572. Existence en matière criminelle de preuves préconstituées. — 573. Preuve légale en ce qui touche le droit. — 574. Actes authentiques spéciaux, et emploi des actes authentiques ordinaires. — 575. Division.

572. Il semble, au premier coup d'œil, que, dans la législation actuelle, l'usage de preuves préconstituées, auxquelles le juge est obligé d'ajouter foi, doive être rejeté d'emblée en matière criminelle. En effet, l'article 342 du Code d'instruction criminelle, s'attachant uniquement à l'intime conviction, abroge formellement l'ancien système des preuves légales ; et d'après une jurisprudence aujourd'hui constante (voy. un arr. de cass. du 7 février 1835), cet article, bien que placé sous la rubrique *des affaires qui doivent être soumises au jury*, est applicable à toutes les juridictions. Mais, quelque importante que soit cette disposition, il ne faut pas s'en exagérer la portée. Tout ce qui en résulte, c'est qu'en général le juge ou le juré doit obéir aux inspirations de sa conscience, sans que sa conviction soit soumise à des règles préconçues. Cela est incontestable ; mais, il faut le dire, cela est également vrai en matière civile, où l'on doit reconnaître aussi que la libre conviction du juge est la

règle, et la preuve légale, l'exception. Seulement, dans les matières civiles, où la preuve écrite et les présomptions légales se trouvent presque toujours en jeu, l'exception se rencontre si fréquemment qu'elle semble y être la règle. Dans les matières criminelles, au contraire, où c'est la preuve testimoniale qui joue le plus grand rôle, l'instruction, pour celui qui ne l'envisage que superficiellement, semble ne laisser aucune prise à la preuve préconstituée. L'emploi de preuves légales est cependant beaucoup moins rare qu'on ne l'imagine devant les juridictions criminelles.

573. Si nous avions à nous occuper ici de la preuve du droit, il nous serait facile d'établir que les questions relatives, non pas à la constatation des faits, mais à la détermination de la catégorie légale à laquelle ils appartiennent, comme lorsqu'il s'agit de savoir si tels faits, en les supposant établis, constituent un *vol*, un *meurtre*, etc., ne donnent pas lieu à une appréciation plus ou moins arbitraire, mais bien à l'application de principes rigoureux et d'une stricte logique. Nous aurions dès lors à nous demander jusqu'à quel point il convient de soumettre aux simples particuliers qui composent le jury, ainsi que paraît le faire l'article 337 du Code d'instruction, une question complexe, posée en ces termes : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel crime?* ce qui les rend juges tout à la fois de la question de fait : *Te acte a-t-il été commis?* et de la question de droit : *Cet acte constitue-t-il un meurtre, un assassinat, etc.?* Mais cet examen nous entraînerait au delà des limites de notre sujet, qui, nous l'avons dit en commençant (n° 3), est étranger à la preuve du droit, et par conséquent aux questions de compétence qui s'y rattachent [1].

[1] On peut consulter, sur cette théorie de la séparation du point de droit et du point de fait, l'article que nous avons publié dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, n° de mars 1843, et les observations impor-

574. Pour en revenir au but de cet ouvrage, c'est-à-dire à la constatation des points de fait, il est facile de reconnaître que, même sous ce rapport, la preuve préconstituée se retrouve devant les tribunaux criminels, sous deux points de vue :

1° Il y a des officiers appelés à constater certaines infractions, et dont les déclarations ont un véritable caractère d'authenticité ;

2° Les actes authentiques ordinaires, tels que les actes notariés, peuvent être invoqués au criminel.

575. Nous nous occuperons d'abord de l'authenticité spéciale aux matières criminelles, puis de l'application à ces matières de l'authenticité ordinaire.

PREMIÈRE DIVISION.

ACTES AUTHENTIQUES PROPRES AUX MATIÈRES CRIMINELLES ; PROCÈS-VERBAUX [1].

SOMMAIRE. — 576. Procès-verbaux. Leur origine. — 577. Leur foi en matière criminelle. — 578. Système remontant à l'ordonnance de 1319. — 579. Critiques dont il a été l'objet. — 580. Division.

576. Tous les fonctionnaires qui ont qualité pour constater des infractions à la loi pénale peuvent dresser des actes destinés à relater exactement les faits dont ils ont été témoins, actes qu'on appelle dans la pratique *procès-verbaux*. L'origine de cette dénomination tient à ce que, dans le principe, les officiers le plus habituellement chargés de faire rapport des faits en justice, les sergents, étant illettrés, donnaient une déclaration purement orale. « Pour la vileté

tantes publiées par M. Beudant, en 1861, sur l'*indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury*.

[1] Nous avons déjà eu occasion de citer l'ouvrage spécial de M. Mangin, sur *les procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*. M. Faustin Hélie a développé de nouveau cette matière avec soin, dans son *Traité sur l'instruction criminelle*. (Tom. III, chap. x et suiv.)

de leurs offices », dit Loyseau (*Offices*, liv. I, chap. IV, n° 34), « et pour la difficulté qu'il y avait anciennement d'en trouver, « on ne les a pas rendus sujets à l'examen. Même, le temps « passé, ils n'étaient pas seulement reçus qu'ils sussent lire « ni écrire, non plus qu'à présent les prévôts des archers « des maréchaux ; mais ils faisaient verbalement devant le « juge le rapport et relation de leurs exploits, ainsi appelés « pour cette cause, et non pas actes : parce qu'ils con- « sistent en fait, non écriture : c'est-à-dire, procédures « verbales, et non par écrit. » Même après que Charles VIII, en 1485, eut prescrit que les sergents sussent lire et écrire[1] ; même après que Henri IV, en 1567, eut étendu aux gardes cette prescription, l'expression de *procès-verbal*, bien que ne se référant plus à un rapport écrit, s'est maintenue dans la pratique.

577. Les écrits de cette nature sont tous authentiques en ce sens qu'on ne pourrait les imiter ni les falsifier sans s'exposer aux peines portées contre le faux en écriture publique. Mais la foi qui s'attache aux actes authentiques civils ne s'attache pas de droit commun aux procès-verbaux, qui ne sont, en thèse générale, que des documents de la cause, susceptibles d'être débattus, tout aussi bien que les témoignages oraux. Il en est toujours ainsi pour les crimes et délits prévus par le Code pénal : l'accusé, ou le prévenu, peut faire tomber les actes les plus réguliers dressés dans l'instruction préparatoire, quand même ces actes auraient eu pour objet de constater le flagrant délit (C. d'instr., art. 32), sans être obligé de prendre la voie de l'inscription de faux. Cet important principe était déjà constant dans l'ancienne procédure criminelle, qui n'admettait que comme de simples documents à consulter les procès-verbaux dressés avant le

[1] Prescription mal observée, et qu'il fallut renouveler en 1667.

récolement. Aussi la Cour de cassation décide-t-elle, en principe (Cass., 22 octobre 1818), qu'on est toujours admissible à prouver la non-culpabilité, nonobstant les procès-verbaux dressés pour constater le fait.

Mais, pour certains délits et contraventions, on a depuis longtemps senti la nécessité d'établir des officiers, revêtus d'un caractère public, à l'effet de constater, par de véritables actes authentiques, les infractions dont la fréquence tend à détruire les sources de la richesse nationale, en dégradant les forêts de l'État, en fraudant le Trésor, etc. Les délits et contraventions de cette nature, connus sous le nom de *délits spéciaux*, appellent une répression toute particulière. Ils ne sont pas isolés, comme les délits ordinaires, et ils se reproduisent presque toujours systématiquement. Ceux qui les commettent, et qui en font quelquefois leur profession, recherchent la solitude, souvent les ténèbres de la nuit, afin de se soustraire à la vigilance de l'autorité. De là une extrême difficulté pour les agents de les constater par témoins : « Il convient », dit naïvement une ordonnance de 1402 sur les forêts, « que les sergents quièrent les mal-« faiteurs le plus coyement qu'ils pèvent, et s'ils alloient « querre tesmoings, les malfaiteurs s'en pourroient aller « avant qu'ils revinssent, ni ne pèvent pas toujours mener « tesmoings pour tesmoigner leurs prinses. » Enfin, lors même que l'infraction a eu lieu en présence de témoins, il n'est pas toujours facile d'obtenir des dépositions sincères, un préjugé malheureusement trop répandu considérant comme excusable toute déprédation qui ne s'attaque qu'aux intérêts collectifs de la société. Et cependant on ne saurait négliger ces intérêts, la richesse forestière, par exemple, ou bien l'exacte perception des revenus publics, sans compromettre au plus haut degré la prospérité du pays. Bien plus, souvent l'acte de dégradation fait un mal incalculable,

tandis qu'il ne rapporte qu'un profit extrêmement faible à celui qui le commet. Pour protéger d'aussi graves intérêts contre les attaques incessantes de la cupidité, et quelquefois, il faut le dire, de la misère, on a dû créer des agents spéciaux.

578. La première trace d'une institution de cette nature se trouve dans l'ordonnance rendue, le 2 juin 1319, par Philippe le Bel [1] sur l'administration des forêts royales. « Ordené est que chascun sergent sera creu par serment, « des forés des prises que il sera, où il ne charra que « amende pécuniaire. » Nous venons de voir qu'à cette époque les déclarations des sergents se faisaient verbalement en justice, sous la foi du serment. Cette institution a reçu plus tard de grands développements, et la faculté d'en être crus jusqu'à inscription de faux a été accordée à un assez grand nombre d'officiers. D'autres ont reçu seulement le pouvoir de dresser des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire. « Nul ne sera admis, à peine de nullité », dit l'article 154 du Code d'instruction, « à faire preuve par « témoins outre ou contre le contenu aux procès-verbaux « ou rapports des officiers de police ayant reçu de la loi le « pouvoir de constater les délits ou les contraventions jus- « qu'à inscription de faux. Quant aux procès-verbaux ou « rapports faits par des agents, préposés ou officiers aux- « quels la loi n'a pas accordé le droit d'en être crus jusqu'à « inscription de faux, ils pourront être débattus par des « preuves contraires, soit écrites, soit testimoniales, si le « tribunal juge à propos de les admettre. »

579. Des doutes ont été émis (voy. M. Faustin Hélie, *Instr. crim.*, tom. III, § 1365) sur la valeur du système

[1] Ce fut sous ce règne que le parlement devint sédentaire et que l'administration, alors intimement liée à la justice, commença à se constituer sous des formes régulières.

1820 a déclaré nul un procès-verbal dans lequel un garde champêtre avait constaté une contravention à la loi du 18 novembre 1814 sur la célébration des dimanches et fêtes : contravention qui, d'après cette loi, doit être constatée par les maires, adjoints ou commissaires de police. (Voy. aussi Rej., 1er avril 1854 et 17 février 1859.) De même les gardes champêtres, les gendarmes, et en général les officiers de police judiciaire chargés de constater les délits ruraux, n'avaient point qualité pour verbaliser quant aux délits commis dans les bois non soumis au régime forestier, avant la loi du 18 juin 1859 (C. forest., nouv. art. 188), qui leur a donné ce pouvoir dans l'intérêt de la conservation des bois. La compétence des gardes forestiers, agents des contributions indirectes, etc., n'embrasse, du reste, comme celle des notaires, que le territoire pour lequel ils sont institués et assermentés.

Il est de jurisprudence constante que ces agents peuvent dresser des procès-verbaux réguliers sans être revêtus de leur costume. Néanmoins l'agent qui verbaliserait sans costume officiel courrait un grave danger; car, à moins qu'il ne fût bien établi que sa qualité était connue du délinquant, s'il était en butte à quelque outrage ou à quelque voie de fait, il ne pourrait invoquer les dispositions (C. pén., art. 224 et suiv.) qui protégent le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, puisque son caractère n'aurait pas été apparent. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 23 frimaire an XIV, relativement à un commissaire de police qui s'était trouvé par sa faute dans cette fâcheuse position.

583. Dans le silence des lois spéciales, on ne peut

constatation en dehors du cas de flagrant délit ou de réquisition d'un chef de maison (C. d'instr., art. 32 et 46), le procès-verbal dressé en vertu d'une pareille réquisition ne peut être joint à la procédure comme acte d'instruction, mais comme simple renseignement. (Rej., 19 avril 1855.)

étendre aux agents qui dressent les procès-verbaux, ni les motifs d'exclusion ou de reproche qui concernent les témoins, ni les motifs de récusation qui s'appliquent aux juges. La Cour de cassation a donc fait une stricte mais exacte application du droit positif, en déclarant valables des procès-verbaux dressés par le beau-frère et même par le frère des prévenus. (Cass., 7 novembre 1817 et 18 octobre 1822.) Toutefois, suivant l'interprétation admise par les mêmes arrêts, et qu'il convient d'étendre aux autres matières spéciales, la constatation des délits forestiers n'a plus la même autorité lorsqu'elle est l'œuvre d'un agent dont la position permet de suspecter l'impartialité. « Il ne « sera admis », dit l'article 176 du Code forestier, conforme à la loi du 29 septembre 1791 (tit. IX, art. 13), « aucune preuve outre ou contre le contenu des procès-ver- « baux faisant foi jusqu'à inscription de faux, à moins qu'il « n'existe *une cause légale de récusation*[1] contre l'un des signa- « taires. » En ce cas, il est possible que l'agent ait verbalisé d'une manière régulière, malgré les liens qui l'unissaient à l'inculpé, mais il n'a plus l'indépendance nécessaire pour que ses déclarations soient crues jusqu'à inscription de faux ; son procès-verbal ne fait plus foi dès lors que jusqu'à preuve contraire. Et puisqu'il ne s'agit point ici d'annuler le procès-verbal, mais d'en débattre la validité, on pourra admettre d'autres causes de reproches que celles qui sont énoncées par la loi, notamment l'intérêt personnel de l'agent. (Rej., 7 novembre 1817 et 5 décembre 1834.)

584. Les procès-verbaux peuvent habituellement être dressés par un seul agent; ceux qui sont de nature à entraîner des condamnations d'une certaine gravité doivent être ré-

[1] C'est-à-dire de *reproche;* car un garde forestier doit être assimilé à un témoin ou à un expert (C. de proc., art. 310), bien plutôt qu'à un juge.

digés par deux personnes. C'est ainsi que l'article 177 du Code forestier exige la signature de deux agents ou gardes, pour que l'acte puisse faire foi jusqu'à inscription de faux, si le délit peut amener une condamnation à plus de cent francs, tant pour l'amende que pour les dommages et intérêts; il en est de même, à plus forte raison (Rej., 31 décembre 1819), toutes les fois qu'il s'agit d'emprisonnement. De même, la loi du 5 ventôse an XII (art. 84) exige la signature de deux employés de la régie pour que les procès-verbaux en matière de contributions indirectes fassent foi jusqu'à inscription de faux. Enfin, en matière de douanes, la même autorité est accordée aux actes par lesquels deux préposés *ou autres citoyens français* (loi du 9 floréal an VII, tit. IV, art. 1) constatent les contraventions aux lois relatives aux importations, exportations et circulations prohibées, dans toute l'étendue du *rayon frontière* [1]. On voit que la répression de cette dernière nature d'infractions est considérée comme tellement urgente, qu'on investit momentanément de simples particuliers d'un caractère public, afin de pouvoir les constater officiellement.

585. Il importe à l'autorité morale du procès-verbal qu'il soit rédigé incontinent après la perpétration du délit. Aussi l'ancien droit voulait-il que la rédaction eût lieu dans un bref délai, et notamment en matière forestière (Ord. de 1669, tit. X, art. 9), le rapport devait avoir lieu *deux jours au plus tard après le délit commis*. Nos lois modernes ont également établi de brefs délais pour la rédaction des procès-verbaux. Ce délai est fixé à trois jours pour les contraventions prévues par le Code d'instruction criminelle (art. 15, 18 et 20), et il est plus restreint encore aux termes de plusieurs lois

[1] Rayon qui est de deux myriamètres, à partir de la frontière, et qui peut même être étendu par le gouvernement jusqu'à deux myriamètres et demi. (Loi sur les douanes du 28 avril 1816, art. 36.)

spéciales. Malheureusement, dans une des matières où la prompte rédaction offre le plus d'intérêt, en ce qui touche les délits forestiers, le Code forestier, infidèle aux traditions de 1669, garde le silence; et la Cour de cassation a dû reconnaître valable (Cass., 11 janvier 1850) un procès-verbal dressé trente-six jours après la perpétration des faits y constatés. Une pareille irrégularité appelle sans doute une répression administrative, l'article 181 de l'ordonnance d'exécution du Code forestier prescrivant aux agents de dresser *jour par jour* les procès-verbaux des délits et contraventions; mais une nullité prononcée par la loi offrirait plus de garantie aux intéressés. De même, si la loi du 6 octobre 1791 (sect. 8, tit. VII, art. 1er) rend le garde champêtre responsable du dommage dont il a négligé de faire le rapport dans les vingt-quatre heures, elle ne prononce point de nullité. (Cass., 27 avril 1860.)

586. Quant aux formes du procès-verbal, il convient, pour en garantir la sincérité, qu'il soit écrit de la main de l'officier qui en est l'auteur. Mais la loi ne l'exige pas toujours, lors même qu'elle pose en principe, ainsi qu'elle le fait pour les gardes forestiers (C. forest., art. 165), que l'agent doit rédiger lui-même son rapport, sauf empêchement; l'empêchement s'entend non-seulement d'un obstacle accidentel, mais même de l'impossibilité permanente résultant de ce que le garde ne sait pas écrire. (Cass., 18 juin 1829.) Néanmoins, on ne saurait justifier de l'empêchement en invoquant des preuves en dehors du rapport lui-même; l'impossibilité de remplir la formalité doit y être mentionnée à peine de nullité. (Cass., 2 octobre 1846.) Dans tous les cas, le rapport doit être signé par l'agent, sauf dispense spéciale, comme celle qui est établie par la loi du 6 octobre 1791 (tit. I, sect. 7, art. 6) en faveur des gardes champêtres : ces gardes, ne sachant pas toujours écrire et

étant souvent hors d'état de rédiger un procès-verbal régulier, peuvent se contenter de faire leur déclaration devant le juge de paix ou devant les officiers de police désignés par l'article 11 du Code d'instruction criminelle, lesquels sont alors chargés de la rédaction du rapport. C'est ainsi que ceux qui admettent une femme ou un mineur aux fonctions d'expert, pensent que le rapport doit alors être rédigé par le greffier de la justice de paix. (N° 114.)

587. Tout procès-verbal doit emporter avec lui la preuve de sa validité. Les formalités non mentionnées sont dès lors présumées avoir été omises. (Arr. de Cass., du 29 mars 1810.) Ici le législateur, ainsi qu'il le fait en général pour les actes authentiques, a mis l'officier qui voudrait prévariquer dans l'alternative de commettre un faux ou une nullité. (C. forest., art. 165.)

Il n'y avait aucun motif non plus pour distinguer entre les matières criminelles et les matières civiles, quant à la nullité des ratures, surcharges et interlignes non approuvées. L'application qui est faite de cette règle (C. d'inst., art. 78) au procès-verbal d'information dressé par le juge d'instruction, a paru si raisonnable qu'on est d'accord pour l'étendre aux procès-verbaux de toute nature. Mais la Cour de cassation (Cass., 23 juillet 1824) restreint avec raison au procès-verbal d'information la règle qui exige, pour les ratures et renvois, une approbation avec signatures; le parafe, qui suffit pour les actes notariés, doit suffire pour tous les cas où un texte formel n'exige pas davantage.

588. Presque tous ceux de ces actes qui font foi jusqu'à inscription de faux sont soumis, dans un délai qui est ordinairement de vingt-quatre heures, à l'affirmation en justice. Cette formalité n'est que la reproduction, sous un autre nom, du serment qui autrefois (Ord. de 1319) constituait à lui seul toute la solennité, la déclaration étant verbale. Aujourd'hui

le serment est une garantie additionnelle, mais une garantie sérieuse; la nécessité de se présenter à bref délai devant un juge, pour réitérer son témoignage, appelle l'attention de l'agent sur la gravité de la mission qui lui est confiée. Les termes qui constatent cette affirmation ne sont point sacramentels, mais il faut qu'on puisse en induire une prestation de serment. S'il est seulement dit que le rédacteur *persiste* dans le procès-verbal, qu'il en *confirme* le contenu, qu'il le *déclare sincère et véritable*, il y aura nullité, toujours d'après le principe qu'une formalité qui n'est pas constatée est censée omise. (Rej., 29 février et 20 mars 1812.) Du reste, l'affirmation est le complément du procès-verbal, et on décide avec raison (Rej., 1er avril 1830; 20 novembre 1863) que, si la signature est nécessaire pour la validité de l'acte affirmé, l'acte d'affirmation doit être signé lui-même, à peine de nullité, par l'agent, aussi bien que par le magistrat qui reçoit l'affirmation. Cette décision, qui n'avait point prévalu tout d'abord, est consacrée pour la vérification des poids et mesures par l'ordonnance du 17 avril 1839 (art. 1er) : « L'affir-« mation est signée tant par les maires et adjoints que par « les vérificateurs. »

589. Dans les matières spéciales, la mention de la date du procès-verbal est exigée à peine de nullité, soit que la loi prescrive expressément cette mention, ainsi que le fait en matière de douanes la loi du 9 floréal an VII (tit IV, art. 3), soit que la date du procès-verbal soit le point de départ du délai prescrit pour l'observation d'une formalité essentielle, comme en matière forestière, où l'affirmation doit avoir lieu *au plus tard le lendemain de la clôture* du procès-verbal. (C. forest., art. 165.) Mais dans les matières ordinaires, la date, bien qu'il soit toujours fort utile de ne point l'omettre, n'étant pas mentionnée par le Code d'instruction (art. 11 et 16), n'est point essentielle à la validité du procès-verbal,

à la différence des matières civiles, où l'authenticité suppose la mention de la date. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 12 et 68.)

590. Quant à l'enregistrement, les lois spéciales n'en font expressément une condition de validité des procès-verbaux qu'en matière de douanes, en matière forestière, de pêche fluviale et de roulage. La Cour de cassation appliquait d'abord cette règle à tous les procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux, et ne considérait, par conséquent, l'enregistrement comme une mesure purement fiscale qu'à l'égard des procès-verbaux qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Mais les meilleurs esprits se sont accordés pour repousser cette distinction comme arbitraire. Si l'article 34 de la loi du 22 frimaire an VII, qui déclare nul l'exploit ou le procès-verbal qu'un huissier ou autre officier n'aurait pas fait enregistrer dans un certain délai, est applicable aux procès-verbaux en matière spéciale, tout procès-verbal, quelle qu'en soit la foi, est soumis à l'enregistrement, à peine de nullité. Si, au contraire, il faut restreindre cette disposition aux procès-verbaux dressés dans un intérêt privé, ainsi que paraît le décider l'article 47 de la même loi, qui défend aux juges et aux administrations de rendre aucune décision en vertu d'actes non enregistrés *en faveur des particuliers*, il faut dire que, partout où l'enregistrement n'est pas formellement prescrit à peine de nullité, on ne doit y voir qu'une mesure purement fiscale; et c'est en ce sens que s'est définitivement prononcée la Cour suprême. (Cass., 4 janvier 1834, 31 mars 1848, et 10 avril 1865.)

591. Les nullités des procès-verbaux ne doivent pas être comparées à des nullités d'exploits. Elles ne se couvrent point par le silence des parties *in limine litis*, et on peut s'en prévaloir pour la première fois soit en appel, soit même devant la Cour de cassation. (Cass., 25 octobre 1824.) Au surplus, la question de nullité ne présente d'intérêt que

lorsque la condamnation se base uniquement sur le procès-verbal. C'est ce qui arrive toujours dans certaines matières, telles que les douanes et les contributions indirectes, où, ainsi que nous l'avons vu (n° 236), le procès-verbal est la base nécessaire des poursuites. Mais, dans la plupart des cas (C. d'inst., art. 154), d'autres preuves sont admissibles, et la condamnation peut être maintenue malgré l'annulation du procès-verbal. Nul doute dès lors qu'on ne soit recevable, en général, à prouver par témoins les délits spéciaux en l'absence d'un procès-verbal régulier, comme en l'absence de tout procès-verbal. Mais faut-il excepter le cas où il y a simplement aveu de la part du prévenu? On l'a soutenu, en prétendant, d'après l'ancienne jurisprudence, que l'aveu peut établir la culpabilité, mais jamais le corps du délit. Nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons dit à cet égard, lorsqu'en traitant de l'aveu nous avons invoqué les principes modernes sur la preuve pour repousser, avec la jurisprudence de la Cour de cassation[1], cette application de l'ancienne théorie des preuves légales. (N° 365.) La constatation d'un corps de délit est ici moins nécessaire que partout ailleurs, en présence d'une confession formelle. Les aveux mensongers, déjà rares en matière ordinaire, sont moralement impossibles en matière fiscale, en matière forestière, etc. Les motifs extraordinaires qui ont pu quelquefois, dans les affaires de grand criminel, amener des déclarations fausses, sont bien difficiles à supposer lorsqu'il s'agit de délits qui n'attirent pas l'attention publique, et qui ne peuvent donner lieu qu'à des peines de peu d'importance.

[1] C'est mal à propos qu'on invoque en faveur de l'opinion opposée un arrêt de rejet du 16 avril 1835, où il est dit que l'aveu, *joint aux autres faits matériels constatés par le procès-verbal,* ne laissait point de doute sur la contravention. Cet arrêt constate que, dans l'espèce, il y avait d'autres preuves que l'aveu : ce qui ne veut pas dire que l'aveu n'eût pu suffire. (Voy. les arrêts cités, n° 365.)

C'est donc ici le cas d'admettre, avec les anciens docteurs, que l'aveu est la meilleure des preuves, *probatio probatissima*. (Cass., 15 octobre 1853 et 18 mars 1854.)

592. Il est certain que le prévenu ne peut argüer des vices de forme, lorsque c'est son propre fait qui a amené l'irrégularité dont il se plaint, par exemple, si c'est sa résistance qui a empêché de dresser un procès-verbal régulier. (Rej., 8 mars 1821.) Mais ce qui est beaucoup plus douteux, c'est qu'on puisse considérer, ainsi qu'on le fait dans la pratique (Cass., 12 juillet 1834), l'inobservation des formes comme provenant d'une force majeure, lorsque l'officier s'est trouvé empêché de les accomplir, notamment d'affirmer dans les vingt-quatre heures, par un ordre administratif qui l'appelait dans un autre lieu. Sans doute, cette circonstance doit suffire pour mettre à couvert sa responsabilité, puisqu'il était tenu d'obéir. Mais qu'importe au prévenu cette nécessité administrative, plus ou moins réelle, qui a exigé un déplacement immédiat de l'agent? La loi n'en a pas moins été violée à son égard. On devra donc annuler le procès-verbal, sauf la responsabilité du fonctionnaire dont les injonctions ont occasionné cette nullité. (Voy. C. pén., art. 114.)

§ 2. FOI DES PROCÈS-VERBAUX.

SOMMAIRE. — 593. Tout procès-verbal ne fait point foi jusqu'à inscription de faux. — 594. Division de la matière. — 595. Foi des procès-verbaux bornée aux *faits matériels*. — 596. Exclusion des délits communs. — 597. Faits que l'officier n'établit que par induction. — 598. Aveux. — 599. Quelles *preuves contraires* peuvent être administrées. — 600. Pouvoir du tribunal pour l'admission de ces preuves. — 601. Procès-verbaux qui ne valent que comme simples renseignements.

593. Suivant le projet de Code d'instruction criminelle, tout procès-verbal rédigé par un officier de police faisait foi jusqu'à inscription de faux. Mais on fit observer, au Conseil d'État, que des formalités aussi graves que celles de l'inscription de faux ne sont point proportionnées aux délits légers

dont connaît le tribunal de police; qu'attribuer dans tous les cas une pareille autorité à la déclaration d'un simple agent, ce serait lui donner plus de pouvoir qu'aux juges, dont les procès-verbaux ne font point foi en justice s'ils ne sont signés du greffier. On posa dès lors en principe qu'une pareille foi ne serait attribuée qu'aux rapports des officiers ayant reçu spécialement de la loi le pouvoir de constater les délits ou les contraventions jusqu'à inscription de faux. Et ce pouvoir n'est point mesuré, comme on pourrait le croire, sur la position hiérarchique des officiers, puisque cette prérogative n'appartient point (n° 577) aux procès-verbaux dressés par le juge d'instruction. Cela tient uniquement au caractère fugitif des infractions, en matière forestière, en matière de douanes, etc., qui n'admettent guère d'autre preuve que celle des procès-verbaux.

594. Nous allons examiner d'abord ce que prouvent en général les procès-verbaux, qu'ils soient ou non susceptibles d'être combattus par la preuve contraire. Puis nous verrons ce qu'il faut entendre par cette preuve contraire, dans les cas où elle est admissible. Quant à l'inscription de faux, elle doit faire l'objet de la section suivante.

595. Le principe fondamental sur la foi des procès-verbaux, principe en harmonie avec ce qui a été établi pour l'authenticité en général, c'est qu'ils ne prouvent que les *faits matériels relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent.* Telles sont les expressions de l'article 176 du Code forestier, qu'on retrouve dans l'article 53 de la loi sur la pêche fluviale : expressions qu'a introduites dans ce Code la commission de la Chambre des députés, afin de consacrer officiellement une doctrine déjà reçue dans la pratique, et commune du reste à tous les procès-verbaux : « Cet article 176 du projet », dit dans son rapport M. Favard de Langlade, « attribue à certains procès-verbaux réguliers l'effet de

« faire foi jusqu'à inscription de faux des faits relatifs aux « délits et contraventions qu'ils constatent. Cette disposition « nous a semblé trop générale; elle pourrait faire croire « qu'aucune preuve n'est admise contre une déclaration « quelconque consignée dans un procès-verbal, tandis qu'elle « ne doit s'appliquer qu'*à la matérialité du délit ou de la con-* « *travention*. Vous sentirez, Messieurs, combien il serait « dangereux d'admettre que des énonciations relatives à des « injures, à des violences ou à toute autre circonstance, « pussent interdire au prévenu la faculté d'administrer la « preuve contraire. Pour lever toute espèce de doute sur ce « point, nous proposons de dire dans l'article : *faits matériels*. « Cette addition est conforme à une jurisprudence consacrée « par la Cour de cassation. »

Ce principe n'est pas contesté, mais il donne matière à de sérieuses difficultés dans l'application. Que faut-il entendre par *faits matériels?*

596. Il est d'abord évident que ces faits doivent avoir directement trait au délit ou à la contravention. C'est ainsi que M. Favard de Langlade, d'accord avec une jurisprudence constante, exclut les énonciations relatives à des injures, à des violences. Ce sont là des délits communs, que l'agent n'a plus aucun pouvoir spécial pour constater.

597. Pour le délit même dont la preuve rentre dans l'exercice de ses fonctions, la *matérialité* seule se trouve légalement établie. Le rédacteur ne mérite donc confiance, ainsi qu'un notaire, que pour les faits qu'il a perçus *propriis sensibus*, et non lorsqu'il se livre à des inductions plus ou moins hasardées. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 30 mai 1831 a reconnu qu'on était reçu à prouver, sans s'inscrire en faux, l'origine française d'un cheval saisi dans le rayon-frontière, bien que les préposés affirmassent, dans leur rapport, qu'il provenait de l'étranger. C'était là une question

d'identité, qui ne pouvait être résolue à la simple inspection de l'objet en litige. Une décision plus significative encore, c'est un arrêt du 1er mars 1822, par lequel la même Cour déclare qu'un procès-verbal qui constate la saisie, au domicile d'un pêcheur, d'un filet prohibé, encore mouillé, ne peut établir qu'on s'en soit servi pour la pêche. Toujours dans le même esprit, la Cour de cassation refuse à un commissaire de police le pouvoir de constater que des eaux jetées sur la voie publique sont insalubres, mais elle lui permet d'établir qu'elles sont infectes; cette dernière qualité pouvant s'apprécier directement par les sens, tandis que la seconde exige l'examen des gens de l'art. (Compar. les arr. du 27 août 1825 et du 17 juin 1832.) Enfin, l'assertion des préposés des douanes qui, après avoir saisi un bâtiment chargé de contrebande, dont le propriétaire alléguait s'être approché de la côte par force majeure[1], affirmaient que le temps était au contraire favorable pour tenir le large, a été jugée n'être qu'une simple induction, à laquelle on peut directement opposer la preuve contraire. (Rej., 28 janvier 1851.)

La jurisprudence, il est vrai, ne s'est pas toujours aussi strictement renfermée dans le principe que l'agent ne peut constater que les faits matériels qu'il a actuellement sous les yeux. On peut critiquer un arrêt de la même Cour du 14 janvier 1830, qui admet qu'un procès-verbal peut faire foi d'un fait déjà ancien, notamment du fait que tel terrain était précédemment en nature de bois. Mais d'autres décisions nous semblent mal à propos critiquées par les auteurs

[1] L'allégation de la force majeure est toujours recevable même contre un procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux. C'est là expliquer les faits, et non les dénier, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation (Rej., 13 juillet 1850) dans l'espèce assez curieuse de l'introduction dans une ferme du Luc, par un temps d'orage, de cinquante-huit moutons sujets au droit d'octroi.

qui ont écrit sur les procès-verbaux. Ces auteurs nous paraissent s'être attachés trop strictement à l'idée de *faits matériels*. Lorsqu'il s'agit de points sur lesquels les agents possèdent des connaissances spéciales, c'est avec raison, suivant nous, qu'on s'en rapporte à leur témoignage, non-seulement quant aux apparences grossières, mais même quant aux qualités moins évidentes, de nature toutefois à pouvoir être appréciées par des personnes expertes. Rien d'exorbitant dès lors à ce qu'on ne puisse, sans prendre la voie de l'inscription de faux, soutenir qu'une boisson saisie, comme étant du vin, par les employés des contributions indirectes, n'était que de l'eau jetée sur des mûres; ou bien que la chaudière saisie chez un brasseur, comme propre à la fabrication de la bière, n'était pas réellement propre à cet usage. (Voy. les arr. de la Cour de cassation du 21 novembre 1817 et du 15 juillet 1826.) A quoi servirait, dans le système opposé, l'institution d'agents ayant des connaissances toutes particulières, si, en pareille circonstance, ils devaient se borner à constater l'existence d'un liquide de couleur rougeâtre, ou bien d'une chaudière quelconque? On ne doit pas sortir des faits, sans doute; mais, pour que le rapport soit utile, il faut bien qu'il caractérise les faits, pourvu qu'en les caractérisant il ne s'écarte pas des données fournies par l'expérimentation directe. Cette expérimentation, après tout, n'est pas celle du premier venu, mais celle de gens ayant des lumières spéciales. (Voy. aussi Cass., 12 février 1847.) Il en est autrement, et tout le monde est d'accord sur ce point, si l'officier n'appuie son témoignage que sur la notoriété publique. Il n'a pas qualité pour constater cette prétendue notoriété, et fût-elle constatée, ce ne serait point une preuve légale, mais une présomption vague, qu'il serait permis de combattre par tous les moyens possibles. « Les procès-verbaux », dit

la Cour de cassation (arr. du 13 avril 1861), « ne sont que « de simples rapports dont l'appréciation est abandonnée à « la conscience des juges, lorsque les agents qui les ont « rédigés n'ont été témoins de rien et n'ont fait qu'y con- « signer les renseignements par eux recueillis. »

598. On se demande enfin si l'on peut faire rentrer dans les faits matériels les aveux et déclarations des prévenus. Des auteurs graves (M. F. Hélie, tom. III, § 145) soutiennent la négative. Ils pensent que les faits externes, qui laissent des traces sensibles, peuvent seuls être établis par procès-verbal, à l'exclusion des aveux, qui, ne laissant aucune trace de cette nature, tendent à prouver le délit, mais ne le constituent point. Néanmoins la jurisprudence de la Cour de cassation (voy. notamment un arrêt rendu, chambres réunies, le 6 août 1834) s'est prononcée dans le sens de l'affirmative, qui nous semble plus fondée. La restriction de la foi de l'acte aux faits matériels a pour but de repousser des inductions puisées ailleurs que dans l'expérience personnelle du fonctionnaire, mais non de borner l'autorité de ce fonctionnaire à quelques-uns seulement des faits qu'il perçoit dans l'exercice de ses fonctions. « On doit entendre « par faits matériels », dit fort bien M. Mangin (*Procès-verbaux*, n° 32), « tous ceux qui frappent les organes; or, com- « ment établir une distinction entre les faits qui frappent tel « organe des employés plutôt que tel autre, et ne pas ajou- « ter foi à ce qu'ils disent avoir entendu aussi bien qu'à ce « qu'ils disent avoir vu? » Seulement, il ne faut pas oublier que l'aveu du délit n'est pas le délit même, et l'on sera toujours reçu à établir que cet aveu n'a été que le résultat de la surprise ou de l'erreur. Aussi est-ce bien mal à propos qu'on a signalé comme une inconséquence dans la doctrine de la Cour suprême, la règle posée par un arrêt de cassation du 30 juillet 1835, suivant lequel la réalité seule de

l'aveu est établie jusqu'à inscription de faux, la sincérité pouvant toujours en être débattue par la preuve contraire. Ce n'est là que l'application pure et simple des principes élémentaires sur l'authenticité, la constatation légale ne portant jamais que sur les faits dont l'officier public a personnellement connaissance.

599. Il nous reste maintenant à examiner quelles sont les preuves que l'on peut administrer contre les procès-verbaux qui ne font pas foi jusqu'à inscription de faux. La difficulté ne paraît pas sérieuse au premier coup d'œil. Habituellement, toutes les fois que tel ou tel document, tel ou tel témoignage admet la preuve contraire, cette preuve, si on ne se trouve pas dans un cas d'exclusion de la preuve testimoniale, peut se faire par tous les moyens propres à convaincre l'esprit du juge. La justification de la non-culpabilité du prévenu n'est donc soumise, de droit commun, à aucune condition restrictive. Sans doute, on le décide avec raison, la simple dénégation du prévenu ne doit pas être considérée comme une preuve contraire. De même, pas plus ici qu'ailleurs, la conviction du juge ne saurait se former d'après les éléments pris en dehors des débats. Mais ne faut-il pas aller plus loin et s'attacher à ces expressions de l'article 154 du Code d'instruction : « Ils pourront être débattus « par des preuves contraires, *soit écrites, soit testimoniales,* « si le tribunal juge à propos de les admettre? » Nous avions pensé d'abord, avec plusieurs auteurs, qu'en signalant la preuve écrite et la preuve testimoniale, cette disposition n'était point limitative, et devait s'entendre de toute espèce de preuve, comme l'article 46 du Code civil et bien d'autres articles de nos lois, qui, en permettant de prouver *tant par titres que par témoins,* n'entendent point exclure les preuves d'une autre nature. Mais, en y réfléchissant plus mûrement, nous avons reconnu, avec la jurisprudence de la Cour de

cassation et avec les auteurs spéciaux, qu'ici le procès-verbal a le caractère d'une preuve légale, susceptible seulement d'être combattue par des moyens déterminés, dont l'appréciation échappe à l'arbitraire du juge. On ne saurait donc invoquer le droit commun, qui, comme nous le verrons, met les présomptions sur la même ligne que la preuve testimoniale[1], et qui considère les tribunaux de police comme une sorte de jury quant à l'appréciation des faits. Il est dans l'esprit de la législation spéciale de ne s'attacher ni aux dénégations du prévenu, ni à la notoriété publique, ni aux notions personnelles (voy. n° 102) que pourrait avoir le juge (Cour de cass., arr. des 15 juillet 1820, 17 décembre 1824, 24 juillet 1835 et 9 août 1838), lors même que ces notions ne seraient point extrajudiciaires. (Cass., 7 décembre 1855.) On ne saurait, en effet, permettre au juge de substituer une appréciation personnelle à la preuve résultant d'un procès-verbal, non combattu par des preuves écrites ou testimoniales, sans retomber dans le système des présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat (Cod. civ., art. 1353); et c'est précisément ce que l'on a voulu éviter. (Cass., 2 juin 1864 et 21 mars 1865.) Néanmoins la jurisprudence, en écartant de simples renseignements ou certificats, admet comme preuve contraire légale le rapport d'experts dûment assermentés et la visite des lieux régulièrement opérée par le juge. Ce sont là des témoignages *lato sensu*. (Arr. du 1er juin 1844 et du 12 janvier 1856.) Dans tous les cas, le juge doit, à peine de nullité (Cass., 26 mars 1858), indiquer nettement en quoi la

[1] On invoque souvent en ce sens un arrêt de cassation du 5 janvier 1810, d'où il résulterait qu'une présomption de droit ne peut être détruite par des présomptions simples. Cette doctrine, dans sa généralité, est erronée; mais, quoi qu'il en soit, cet arrêt est étranger à l'interprétation de l'article 154 du Code d'instruction, puisqu'il statue sur une espèce régie par le droit antérieur.

preuve administrée devant lui paraît ébranler la foi due au procès-verbal. (Voy. aussi Cass., 27 juillet 1872.)

Au surplus, puisque les procès-verbaux, lors même qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux, ne constatent que la *matérialité* des faits (n° 597), ce n'est point méconnaître la foi du procès-verbal d'un commissaire de police, constatant l'existence d'un amas d'eau stagnante, que de puiser dans les documents du procès et les explications de l'inculpé les éléments de la conviction du juge sur l'origine et la nature de la stagnation des eaux. (Rej., 25 juin 1869.)

600. L'article 144 ajoute, en parlant des preuves contraires, *si le tribunal juge à propos de les admettre.* Boitard (*Inst. crim.*, comment. sur cet art.) paraît induire de là que que l'on accorde ici plus spécialement au juge un pouvoir indéfini pour admettre ou rejeter ces preuves. Mais, dans la pratique (arr. du 17 février et du 23 septembre 1837), en ce point parfaitement d'accord avec la doctrine générale sur l'admissibilité de l'enquête, on n'entend ce pouvoir que de la faculté de rejeter une preuve frustratoire, c'est-à-dire l'allégation de faits qui ne seraient pas concluants (n° 61), absolument comme en matière civile. (C. de proc., art. 253 et 264.) Il n'y a donc là rien d'arbitraire ni d'exceptionnel. On a voulu seulement empêcher la chicane d'éterniser les procès les plus simples, en sollicitant l'admission d'enquêtes complétement inutiles, mais qu'il serait impossible au tribunal de refuser. Nous avons interprété de la même manière (n° 313) les expressions *s'il y a lieu* des articles 153 et 190. Ce qui n'est pas douteux, c'est que la preuve testimoniale, lorsqu'elle est admise, est soumise au droit commun, et que dès lors un témoin, même unique, peut détruire l'autorité du procès-verbal. (Rej., 11 décembre 1851.)

601. Il y a des procès-verbaux qui ne font pas même foi jusqu'à preuve contraire. Ce sont ceux des agents ou appa-

riteurs de police, des gendarmes, dans les cas où ils n'ont pas de délégation légale, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 30 juin 1838 et le 28 septembre 1849; des officiers publics qui n'ont pas mission pour constater les infractions; enfin, des officiers qui ont cette mission, mais qui ont agi en dehors de leur mandat, ainsi que nous avons vu qu'on l'a jugé pour le ministère public lui-même, le 19 avril 1855. De pareils procès-verbaux ne valent que comme simples renseignements; habituellement le tribunal entend le rédacteur, et ce témoignage supplée, suivant les circonstances, au défaut d'autorité de son rapport.

DEUXIÈME DIVISION.

FOI DES ACTES AUTHENTIQUES ORDINAIRES DEVANT LES TRIBUNAUX CRIMINELS.

SOMMAIRE. — 602. Production d'actes authentiques au criminel. — 603. Procès-verbaux dressés par les greffiers des tribunaux criminels. — 604. Leur foi en matière de délits d'audience. — 605. Droit du jury de connaître des actes, même authentiques.

602. La foi des actes authentiques, rédigés en la forme ordinaire par les notaires ou par tous autres officiers publics, est évidemment la même au criminel qu'au civil. Et en effet, le Code d'instruction (art. 458) trace la marche à suivre, lorsque, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est argüée de faux : ce qui montre bien que l'inscription de faux est nécessaire en matière criminelle, lorsqu'on attaque un acte authentique. Sans doute les points qui exigent le plus souvent une vérification de titres, tels que ceux relatifs aux propriétés immobilières, doivent être, ainsi que nous l'avons reconnu (n° 227), renvoyés aux tribunaux civils. Mais, dans une foule de circonstances, des actes authentiques peuvent être produits incidemment devant les juridictions criminelles, qui doivent

se décider d'après leur autorité, tant qu'il n'y ait inscription de faux.

603. Nous devons reproduire ici l'observation importante que nous avons faite sur le caractère restreint de la foi qui s'attache à l'authenticité. Cette foi n'existe que dans les limites de la compétence de l'officier qui instrumente. Aussi le fait direct de l'infraction à la loi pénale sera-t-il rarement constaté par un fonctionnaire de l'ordre civil, tel qu'un notaire. Ce fonctionnaire n'aura le plus souvent aucune qualité pour dresser acte d'un délit, pas plus qu'un garde forestier n'aurait qualité pour rédiger un procès-verbal destiné à prouver une transaction sur l'action civile. Seulement, un notaire pourrait être appelé à donner l'authenticité à un aveu; mais alors ce qu'il attesterait *visu et auditu*, ce ne serait pas le délit, mais l'aveu du délit: aveu dont on peut contester la sincérité et la force sans prendre la voie de l'inscription de faux. (N° 598.) Quelquefois cependant une infraction pourra se trouver directement et officiellement établie par des actes notariés, notamment par ceux qui constateraient des prêts usuraires. Quelque blâmable que fût le notaire qui aurait prêté son ministère à de pareilles conventions, il en aurait néanmoins dressé acte dans l'exercice de ses fonctions, et il y aurait lieu dès lors à l'application de la loi du 3 septembre 1807, à moins qu'on ne prouvât la fausseté du titre. Mais, dans la plupart des cas, les actes authentiques serviront seulement à établir des circonstances de nature à augmenter ou à diminuer la peine; c'est ainsi qu'on prouvera par les actes de naissance l'âge de l'accusé ou celui de la victime, quand l'âge pourra influer sur la gravité du délit ou sur la nature de la condamnation.

604. Les greffiers des tribunaux criminels ont évidemment qualité pour constater, comme ceux des tribunaux civils, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi.

Le procès-verbal de la séance d'une Cour d'assises (C. d'instr., art. 372) fait donc foi jusqu'à inscription de faux, et, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 3 décembre 1846, on ne peut en faire tomber les allégations autrement que par cette voie, lors même que l'on se fonderait sur un acte notarié. Bien plus, aucune preuve testimoniale n'est admissible pour suppléer à cette constatation. Toute formalité dont l'existence n'est pas mentionnée, est présumée par cela seul n'avoir pas été accomplie, sans qu'aucune preuve contraire puisse être reçue. (Voy. notamment Cass., 11 septembre 1845 et 12 décembre 1851.) Ici encore l'authenticité ne peut s'attacher qu'aux faits dont l'officier a été lui-même témoin. Ainsi, l'âge d'un témoin ne peut être établi à l'aide de ce procès-verbal. L'authenticité ne peut s'attacher davantage aux points que le greffier n'a pas qualité pour constater. Ainsi, la mention que telle chose a été faite *conformément à tel article du Code d'instruction criminelle*, ne peut être considérée que comme un renvoi fait à l'article par le rédacteur du procès-verbal, mais nullement comme la preuve que tout s'est passé conformément aux dispositions de la loi.

Il est à remarquer, en ce qui concerne les procès-verbaux dressés par les greffiers des Cours d'assises, que les mentions relatives aux réponses des accusés ou aux dépositions ne sont pas simplement considérées comme non avenues; elles annulent (C. d'inst., art. 372) le procès-verbal même, qui ne doit transmettre à la Cour de cassation aucune impression des débats, en dehors de l'accomplissement des formalités légales. C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 14 mars 1856, relativement à la simple mention que l'accusé avait protesté de son innocence. Mais un aveu pourrait et devrait être constaté (Rej., 19 août

tence d'un délit qui se passe peut-être à l'extrémité de la salle d'audience, que de l'accomplissement des formalités qui ont lieu sous ses yeux à la barre du tribunal.

605. Il nous reste à examiner une grave question de compétence, en ce qui touche l'examen des actes authentiques, produits devant une Cour d'assises. Est-ce aux magistrats ou bien au jury qu'il convient d'en attribuer la connaissance? Bien qu'il ne s'agisse que d'établir un fait à l'aide de ces pièces, il faut avouer que le jury n'est guère apte à la vérification des preuves légales, dont la validité est subordonnée à l'existence de conditions toutes techniques, et que sa véritable mission consiste à discuter les témoignages et documents sur lesquels on peut se former une conviction, indépendamment de tout principe de droit. D'où la théorie professée par M. Rauter (*Traité de droit criminel*, n° 777), suivant laquelle le jury ne serait appelé à connaître que des éléments matériels de l'accusation, à l'exclusion des preuves préconstituées. Mais cette distinction ne saurait se soutenir en présence de l'article 341 du Code d'instruction, qui prescrit la remise aux jurés des procès-verbaux et des pièces en général : preuve évidente qu'ils sont appelés à apprécier même des actes authentiques. La scission d'ailleurs serait presque toujours impraticable, les pièces et les témoignages concourant à opérer la conviction, de manière à former un ensemble moralement indivisible. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les questions préjudicielles qui touchent au droit civil seront de la compétence exclusive de la Cour. C'est ainsi qu'une jurisprudence aujourd'hui constante (Cass., 30 juin 1831) admet que les magistrats seuls ont qualité pour décider, dans les questions de faux, si le faux a été ou non commis en écriture publique. Cette jurisprudence est contestable, sans doute, en présence de l'article 337 du Code d'instruction, qui

paraît s'en remettre purement et simplement au jury sur la question de savoir « si l'accusé est coupable de tel crime, « avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de « l'acte d'accusation. » Mais, en supposant que l'impossibilité où se trouve le jury de statuer sur des questions de pur droit doive faire détacher de sa juridiction les questions de droit préjudicielles, il ne s'ensuit nullement qu'en général les actes doivent être appréciés par la Cour, et les témoignages par le jury. La question principale doit toujours être décidée par le jury seul, à l'aide de tous les documents de la cause. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle cassé, le 1er octobre 1834, la condamnation prononcée par une Cour d'assises, sur le vu de l'acte de naissance de la victime d'un attentat (il s'agissait de constater l'âge d'une jeune fille), sans que le jury eût été interrogé sur les circonstances aggravantes. Quant aux questions civiles préjudicielles, c'est à raison de leur nature, et non de la manière dont s'administre la preuve des points qui s'y rattachent [1], qu'elles seront de la compétence des magistrats.

TROISIÈME SECTION.

MARCHE A SUIVRE POUR FAIRE TOMBER L'AUTHENTICITÉ ; INSCRIPTION DE FAUX.

SOMMAIRE. — 606. Nécessité d'une procédure spéciale. — 607. Caractère criminel du faux. — 608. *Faux principal* et *faux incident*. — 609. Y a-t-il un *faux principal civil?* — 610. Origine de l'*inscription de faux*. — 611. Influence de la procédure de faux sur l'exécution de l'acte. — 612. Simple suspension de la force extrinsèque de l'acte. — 613. Caractère de la procédure criminelle de faux. — 614. Division de la matière.

606. La foi qui s'attache à l'authenticité, et même à l'apparence de l'authenticité (n° 457), n'est point susceptible

[1] Ainsi, un arrêt de rejet du 22 septembre 1821 a jugé qu'il n'appartient qu'à la Cour de décider si des pièces de soixante-quinze centimes sont des monnaies d'argent ou de billon : question qui n'est nullement susceptible de se résoudre au moyen de la preuve littérale.

d'être détruite par la simple administration de la preuve contraire ; la fausseté de l'acte attaqué doit être spécialement établie. C'est même là une règle d'ordre public, dont le consentement des parties ne saurait autoriser l'infraction. (Bordeaux, 7 décembre 1866.)

607. Le faux, qui a constitué de tout temps un véritable crime [1], peut donner lieu à des poursuites criminelles, aussi bien qu'à une action purement civile. La faculté accordée aux particuliers, dans notre plus ancienne jurisprudence, de poursuivre eux-mêmes, ainsi qu'ils le faisaient à Rome, les accusations qui les concernaient, a laissé plus d'une trace en cette matière. Les expressions de *faux principal* et de *faux incident*, ainsi que la formalité même de l'inscription, n'ont pas d'autre origine.

608. L'article 1319 du Code civil appelle *plainte en faux principal* la poursuite du faux devant les tribunaux criminels. Le Code de procédure appelle, au contraire, *faux incident civil* (part. I, liv. II, tit. XII, l'attaque dirigée au civil contre l'acte, abstraction faite de toutes poursuites contre ceux qui l'auraient fabriqué ou falsifié. Il peut y avoir aussi faux incident criminel, si, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est argüée de faux. (C. d'inst., art. 458.) La distinction de ces deux espèces de faux incident se conçoit parfaitement ; mais ce qui est moins facile à comprendre, c'est l'expression de faux *principal*, appliquée comme elle l'est ici. Quel rapport y a-t-il entre l'idée de faux principal et celle de poursuites criminelles pour faux ? On dit qu'une action est principale ou incidente, suivant qu'elle se

[1] Ce crime était considéré autrefois comme si odieux, qu'il n'était pas compris dans les abolitions générales accordées par les princes à l'occasion de grands événements, tels que leur avénement au trône ou leur mariage. (Voy. Farinacius, quest. 150.) Beaucoup d'anciens auteurs regardaient, en effet, le faux comme plus grave que le meurtre.

présente comme le but spécial d'un procès, ou comme un épisode qui vient se rattacher à un procès préexistant. Ainsi, la garantie réclamée par l'acheteur contre le vendeur est principale, lorsqu'elle est poursuivie directement, et incidente, lorsqu'elle est invoquée dans le cours d'un procès dirigé contre l'acheteur par des tiers. Mais, dans l'un et l'autre cas, le but de l'action est le même, les conclusions sont identiques. Rien de pareil dans le faux principal comparé au faux incident. La première de ces poursuites tend à punir un crime, la seconde à obtenir satisfaction pour des intérêts purement privés. Sans doute, l'action civile peut s'intenter en matière de faux comme en toute autre matière criminelle, devant les mêmes juges que l'action publique (C. d'inst., art. 3); et alors les mêmes conclusions qu'on aurait pu porter à la barre des tribunaux civils seront présentées devant la Cour d'assises. Mais c'est là une circonstance tout à fait accidentelle, en ce qui concerne la poursuite du faux. L'action du ministère public, tendant à l'application de la peine, action qui est la seule essentielle, s'exerce indépendamment de toute intervention des intéressés. Or, peut-on raisonnablement qualifier cette action de principale, comme si les mêmes conclusions pouvaient jamais se présenter incidemment devant les tribunaux civils?

Les expressions de faux principal et de faux incident ne peuvent se comprendre qu'autant que l'on se reporte à l'ancien système des accusations privées, emprunté aux Romains. Dans ce système, la partie lésée pouvait, à son choix, agir devant les tribunaux criminels ou devant les tribunaux civils. (Diocl. et Maxim., L. 16, Cod., *Ad. leg. Corn. de fals.*), Lorsqu'elle saisissait la juridiction criminelle non-seulement de la demande en indemnité, mais de l'application de la peine, c'était toujours une réparation qu'elle demandait; car, dans ce système, la peine était une satis-

faction accordée aux intérêts privés ; mais cette réparation était poursuivie par action principale, tandis que, devant la juridiction civile, la question ne se présentait d'ordinaire qu'incidemment, à l'occasion d'une affaire où était produite la pièce argüée de faux..

Telle est l'origine de la confusion qui s'est introduite dans la pratique entre l'idée de faux principal et celle de faux criminel. Et lors même qu'un ministère public eut été institué pour poursuivre les crimes au nom de la société, cette confusion se maintint encore, parce que, si le ministère public avait le droit d'agir seul, il n'en était pas moins vrai que, dans le cas de jonction de la partie publique à la partie civile, la partie civile était toujours préférée à la partie publique pour la poursuite de l'accusation. (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tom. III, p. 71.) Mais, aujourd'hui que l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, on sent combien l'expression de faux principal, employée dans le sens de faux criminel, est inexacte.

609. Il suffirait que cette observation eût un intérêt de doctrine pour qu'il ne fût pas inutile de rectifier les idées sur ce point. Mais l'erreur de ceux qui font la confusion que nous venons de signaler, n'est pas purement spéculative ; elle a de fâcheuses conséquences dans la pratique, puisqu'elle conduit à décider que le faux civil ne peut être qu'incident. On fait remarquer, à l'appui de cette opinion, que le titre du Code de procédure où il est question du faux est intitulé : *Du faux incident civil*, et que les dispositions de ce Code (art. 214 et 215) supposent évidemment une poursuite principale sur laquelle vient s'enter la procédure accessoire, tendant à la suppression de la pièce suspecte. Dans ce système, quelque intérêt que j'eusse à établir aujourd'hui la fausseté d'une pièce qu'on se propose de faire valoir contre

moi, fausseté qu'il me sera peut-être impossible de démontrer plus tard, je ne serais pas reçu à l'attaquer au civil par action principale. Cette impossiblité d'intenter au civil une action principale pour faux pouvait se concevoir jadis, lorsque la partie lésée avait qualité pour poursuivre l'accusation au criminel. Mais aujourd'hui elle ne peut plus que se joindre éventuellement à la partie publique, dont elle n'est pas libre de diriger la marche. Il serait donc souverainement injuste de lui enlever, dans ce cas, l'option que lui donne en général le Code d'instruction (art. 3) entre les deux juridictions, puisque l'une de ces juridictions peut fort bien ne pas lui être accessible. D'ailleurs il suffit, pour démontrer que l'article 214 du Code de procédure n'est pas restrictif, de poser une hypothèse, où, malgré les termes de cet article, l'action principale en faux doit être reçue au civil. Or, il en est ainsi incontestablement, lorsque l'auteur du faux est mort, et que les poursuites criminelles sont en conséquence devenues impossibles ; on est d'accord pour reconnaître alors que les parties intéressées peuvent agir civilement contre les héritiers pour leur demander la suppression de la pièce. (C. d'inst., art. 2.) Il peut donc être permis de s'inscrire en faux, sans qu'il y ait une instance préalablement engagée. Si on l'admet dans un cas, pourquoi ne l'admettrait-on pas également toutes les fois qu'il y a intérêt à intenter ainsi une action principale, ainsi que le décide le nouveau Code de procédure italien (art. 296)?

On présente généralement l'opinion contraire à la nôtre comme consacrée par la jurisprudence : ce qui serait assez extraordinaire en présence des arrêts qui admettent, ainsi que nous l'avons vu (nos 254 et 255), des enquêtes *d'examen à futur* et des expertises *in futurum*. Mais, dans les espèces où a été écartée la demande en faux principal (Cass., 25 juin 1845 ; Rej., 13 février 1860), cette demande ne

tendait pas à prévenir une contestation future, mais à revenir sur une contestation passée. La partie qui intentait une action en faux principal civil, voulait se ménager un moyen de requête civile, en attaquant comme fausses les pièces sur lesquelles se fondait un arrêt passé en force de chose jugée. L'arrêt de cassation du 25 juin 1845 refuse d'admettre « une action civile en faux spéciale à l'effet d'arriver à la « requête civile, c'est-à-dire une action tendant uniquement « à se créer un moyen de requête civile, action dont le « résultat d'ailleurs pourrait être de donner à un tribunal « non saisi de la requête civile le pouvoir d'ébranler la foi « due à la chose jugée. » Il veut que le faux soit déclaré par un jugement criminel, ou du moins qu'il se rattache à une instance civile *à laquelle l'exception de chose jugée n'aura pu être légalement opposée.*

Il est vrai que l'arrêt de rejet rendu par la chambre des requêtes, le 13 février 1860, va plus loin et déclare *in terminis* « que l'instance en faux principal n'est admise que « dans la juridiction criminelle, et qu'en matière civile l'in- « scription de faux n'est autorisée que par voie d'incident. » Mais, au fond, c'était toujours la même question qu'avait jugée la chambre civile en 1845 (voy. aussi Rej., 14 novembre 1860) ; c'était pour faire indirectement tomber un arrêt solennel rendu sur une question d'état qu'on argüait de faux par voie principale l'acte de naissance sur lequel se fondait cet arrêt. Il eût suffi dès lors de dire, avec un autre considérant de l'arrêt de 1860, qu'une pareille procédure deviendrait « un moyen banal d'attaquer de nouveau, sous « prétexte de faux, des actes déclarés valables par des déci- « sions souveraines. »

Le système de la chambre des requêtes, appliqué d'une manière absolue, serait une grave dérogation au principe qui autorise la partie lésée par un délit à intenter, à son choix,

l'action en réparation devant la juridiction civile ou devant la juridiction criminelle. L'arrêt rendu en 1845 par la chambre civile fait, au contraire, cette réserve formellement. Il déclare que, « suivant l'article 3 du Code d'instruction « criminelle, l'action en réparation du dommage causé par « un crime ou par un délit, peut être poursuivie devant les « tribunaux civils [1], mais que cette action ne peut pas con- « sister uniquement à faire constater le crime ou le délit « par les tribunaux civils ; qu'il faut encore que cette « demande, à fin de constatation judiciaire du crime ou du « délit, soit incidente à une action en réparation du dom- « mage qui en résulte. »

La Cour de Bordeaux, le 30 août 1841, a statué sur l'hypothèse, rare en pratique, où la demande en faux principal se présente en dehors de toute contestation antérieure, en admettant l'inscription contre l'expédition d'un concordat suspecte d'interpolation d'un article. Alors, le demandeur ne saurait être accusé de vouloir ébranler par des voies détournées l'autorité de la chose jugée [2]. Aussi peut-on fort bien approuver la jurisprudence de la Cour de cassation, en tant que la demande en faux principal aurait trait à un jugement inattaquable par les voies ordinaires, et admettre la possibilité d'attaquer directement un acte non encore produit par la partie adverse (M. Pont, *Revue de législation*, 1846, t. II, p. 344 et suiv.), surtout au moyen du tempérament ingénieux imaginé, comme nous le verrons (n° 620), par M. Thomine Desmazures.

[1] Il faut remarquer, en effet, que le faux criminel n'est pas régi par les mêmes principes que le faux civil, et que telles circonstances peuvent détruire la culpabilité, qui n'influeraient en rien sur le droit à réclamer une indemnité, et surtout à faire supprimer la pièce. (Cass., 11 avril 1837.)

[2] Un arrêt de la Cour d'Agen, qui avait été jusqu'à refuser la faculté d'agir en faux principal, lorsqu'elle avait été formellement réservée dans une instance antérieure portant sur la nullité de l'acte, a été cassé le 21 avril 1840.

610. Un second vestige du système des accusations privées en cette matière, c'est l'*inscription* même de faux, qui rappelle la procédure criminelle des Romains. L'accusateur à Rome (Paul, L. 3, D., *De accusat.*) était obligé de se présenter devant le préteur ou le président de la province, et d'inscrire, avec certaines formes solennelles, son nom, celui de l'accusé, et les circonstances du crime qu'il se faisait fort de prouver : inscription qui entraînait pour lui la peine du talion, si son accusation était jugée calomnieuse. Ce qu'il y a de singulier, c'est qu'à Rome la nécessité de l'inscription fut abolie précisément en matière de faux. *Quamvis inscriptionis necessitas accusatori de falso remissa sit,* dit Gratien (L. 2, Cod. Théod., *Ad leg. Corn. de fals.*), *pœna tamen accusatorem etiam sine solemnibus occupat.* En France, au contraire, l'inscription fut admise spécialement pour le crime de faux, et cette inscription exposait légalement, dans l'origine, à la peine du talion l'accusateur, qui était obligé, en conséquence, de se constituer prisonnier. Cette rigueur avait cessé au seizième siècle, ainsi que nous l'apprend le président Favre (*Ad leg. Corn. de fals.*, def. 9) : « Jampridem vetus illa judiciorum consuetudo, quæ induxe-« rat, ut quisquis falsi accusationem criminaliter instituere « vellet, non aliter audiretur quam si, solemnis inscriptionis « tempore, seipsum carceribus manciparet, nam et talionis « pœna, quæ hujus solemnitatis necessitatem induxisse vide-« batur, in usu esse desiit : solentque qui in hujus modi « accusatione succumbunt, gravissimis quidem pœnis sub-« jici, sed tamen longe mitioribus quam si falsum admi-« sissent. » L'inscription ne paraît pas d'ailleurs avoir jamais été imposée à la partie publique, qui n'était pas responsable envers l'accusé. Mais elle demeura imposée à la partie civile, qui, encore au seizième siècle, à ce que nous apprend toujours le président Favre, était obligée de prendrela voie

criminelle : « Eo perventum est, ut de falso neque agi, « neque excipi civiliter possit, sed criminalem accusationem « instituere necesse sit. » Cette dernière exigence tomba elle-même en désuétude; mais la procédure de faux conserva toujours un caractère criminel, même lorsqu'elle était suivie devant les tribunaux civils. Ainsi, il n'est pas question du faux dans l'ordonnance criminelle de 1667, mais seulement dans l'ordonnance de 1670 (titre IX), sous cette singulière rubrique : *Du crime de faux, tant principal qu'incident.* Les règles sur le faux civil ne furent dégagées et traitées spécialement que dans l'ordonnance de 1737 sur le faux, œuvre remarquable du chancelier d'Aguesseau, qui a passé en grande partie dans le Code de procédure. Cette ordonnance dispensa la partie civile de s'inscrire en faux en matière criminelle (voy. tit. I, art. 1), tandis que l'inscription fut maintenue, on ne sait trop pour quelle raison, en matière civile, où cette formalité est encore exigée aujourd'hui [1].

611. Voyons maintenant quelle influence peut exercer sur l'exécution de l'acte la procédure de faux, soit civile, soit criminelle. Faut-il attendre, pour arrêter cette exécution, qu'un jugement définitif ait déclaré la pièce fausse? On croit d'ordinaire que l'affirmative était admise à Rome d'une manière absolue. Tel n'est pourtant pas le sens du rescrit d'Alexandre Sévère, qui forme la loi 2, au Code, *Ad legem Corneliam de falsis* : « Satis aperte divorum paren- « tum meorum rescriptis declaratum est, quum, morandæ « solutionis gratia, a debitore falsi crimen objicitur, nihilo- « minus, salva executione criminis, debitorem ad solutio-

[1] On comprend bien toutefois, à raison de la gravité d'une telle procédure, la nécessité d'un acte spécial, signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale et authentique; mais la formalité de l'inscription au greffe est purement traditionnelle.

« nem compelli oportere. » Ce rescrit établit évidemment une règle exceptionnelle pour le cas où l'allégation de faux semblerait dictée par la mauvaise foi : d'où il semble résulter qu'en principe, au contraire, cette allégation, si elle paraissait fondée, pourrait arrêter l'exécution. Et il en était de même dans notre ancienne jurisprudence française, si nous nous en rapportons au témoignage de Serpillon, qui a publié un ouvrage spécial sur le faux. Suivant cet auteur (sur l'art. 29 du titre II de l'ord. de 1737), « le juge peut « ordonner que, par provision, l'acte contre lequel l'inscrip- « tion de faux est formée sera exécuté à caution. » Ce n'est donc pas une innovation que la disposition de l'article 1319 du Code civil, d'après laquelle, « en cas d'inscription de faux « faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les « circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de « l'acte. » Et si nos tribunaux peuvent suspendre provisoirement l'exécution, ils peuvent, à plus forte raison, comme jadis (Serpillon, sur l'art. 29, tit. II, de l'ord. de 1737), ordonner l'exécution moyennant caution [1]. Remarquons d'ailleurs que ce qui est dit du faux incident doit s'entendre, suivant nous, de tout faux civil, lors même que l'on aurait intenté une action principale pour le faire constater.

Que veut donc dire Pothier, lorsqu'il décide (*Oblig.*, n° 735) que les actes authentiques font foi par provision, jusqu'à ce que l'inscription de faux ait été jugée? Rien autre chose, si ce n'est que l'autorité de l'acte ne tombe jamais de droit, tant qu'il n'y a pas eu de condamnation pour faux ; mais il n'entend pas pour cela nier le pouvoir discrétionnaire du juge. Quant à la suspension forcée, elle n'avait jamais lieu, ni dans l'ancienne jurisprudence, ni sous l'empire de

[1] L'inscription de faux ne suffisant pas pour suspendre l'exécution, il ne faut pas prendre à la lettre ce que disent nos lois, qu'un acte fait foi *jusqu'à inscription de faux*.

la législation intermédiaire (Loi du 6 octobre 1791, tit. I, sect. 2, art. 14), quelque avancée que fût l'instruction du faux, même au criminel. L'innovation de la loi sur le notariat (art. 19), reproduite par le Code civil, consiste à prononcer cette suspension à une certaine époque de la procédure criminelle ; car la procédure civile n'entraîne jamais qu'une suspension facultative. « En cas de plainte en faux principal », dit l'article 1319 de ce Code, « l'exécution de « l'acte argüé de faux sera suspendue par la mise en accu- « sation. » L'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, après une procédure préparatoire déjà fort compliquée, offre assez de garanties pour que l'écrit puisse, à partir de cette époque, être considéré comme légalement suspect.

Néanmoins on n'applique dans la pratique (Rej., 25 février 1810) la nécessité d'une mise en accusation pour la suspension de l'exécution qu'aux actes authentiques susceptibles d'exécution forcée, comme les actes notariés. Lorsque des poursuites criminelles en faux sont dirigées contre un acte authentique non exécutoire, notamment contre un exploit, on applique, non plus l'article 1319 du Code civil, mais l'article 250 du Code de procédure, suivant lequel la seule plainte en faux emporte suspension de la procédure civile.

612. Gardons-nous, du reste, de confondre la suspension de la foi de l'acte avec la simple suspension de sa force extrinsèque, de l'*exequatur*. Lorsqu'un débiteur, se disant malheureux et de bonne foi, demande qu'il soit sursis aux poursuites dirigées contre lui (Cod. civ., art. 1244), ou lorsqu'une personne, sous le coup d'une expropriation forcée, se fait autoriser à en arrêter l'effet, en offrant de satisfaire au payement intégral de la dette, au moyen de la délégation d'une année de revenus (*Ibid.*, art. 2212), ni dans l'une, ni

dans l'autre de ces hypothèses, la foi intrinsèque de l'acte n'est en jeu, mais on invoque des considérations d'équité pour en faire cesser la force exécutoire [1]. De pareils cas de suspension sont donc tout à fait étrangers à la matière des preuves. Ils ne peuvent s'appliquer qu'aux actes susceptibles d'exécution forcée, dont il s'agit d'arrêter les rigueurs, la foi de l'authenticité demeurant entière. L'effet des poursuites de faux, au contraire, est précisément de faire tomber cette foi, lors même qu'il ne s'agit point d'exécution matérielle, par exemple, quand on révoque en doute la sincérité d'un acte de l'état civil.

613. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la poursuite criminelle de faux, qualifiée par les praticiens de faux principal. La marche tracée par nos lois (C. d'instr., art. 448 et suiv.) pour l'instruction de cette nature de crime n'est que la reproduction des règles que nous allons poser quant au faux civil. Elle est empruntée, en effet, à l'ordonnance de 1737, où d'Aguesseau statuait sur le faux, tant civil que criminel. Mais il importe de signaler une différence essentielle entre la procédure civile et la procédure criminelle telle que l'a organisée le Code d'instruction. « Sous le « Code de brumaire an IV », a dit l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs du Code de 1808, « la plus légère « infraction des formes prescrites pour assurer l'état des « pièces argüées de faux, ou même des pièces de comparai- « son, entraîne la peine de nullité. Ainsi, en quelque nombre « que soient ces pièces, elles doivent être parafées à cha- « que page par les personnes que la loi désigne, et l'omission « du parafe de l'une d'elles, à une seule page d'un volu- « mineux cahier, peut faire tomber toute la procédure. Cette

[1] En dehors de ces hypothèses, l'opposition aux poursuites ne saurait arrêter l'exécution, sauf les dommages et intérêts contre le créancier qui aurait procédé en vertu d'un titre nul. (Poitiers, 29 juillet 1851.)

« sollicitude de la loi a semblé excessive. Toute infraction « de l'espèce que je viens de décrire, donnera lieu désor- « mais à une amende contre le greffier. (Voy. C. d'instr., « art. 418 et suiv.) Toutefois, la punition du greffier pourrait « être considérée comme insuffisante, relativement aux par- « ties et notamment à l'accusé, si celui-ci ne pouvait pas « pourvoir à l'entier accomplissement d'une formalité qu'il « regarderait comme utile à ses intérêts ; mais il le peut, « c'est son droit ; et s'il en réclame l'application, et qu'il « n'y ait pas été statué, il y aura ouverture à cassation. » Ainsi, les intéressés pourront réclamer l'accomplissement des formalités légales ; mais si elles ont gardé le silence, le Code d'instruction ne prononce point de nullité, comme le fait le Code de procédure civile.

614. Nous allons nous attacher à reproduire la marche établie par le Code de procédure pour l'instruction du faux. Puis nous verrons comment on fait tomber, en matière criminelle, la foi d'un acte authentique : ce qu'on appelle *faux incident criminel*. Au surplus, nous ne parlons actuellement que des actes authentiques ; mais l'inscription de faux, ainsi que nous le verrons, est également applicable aux actes sous seing privé.

PREMIÈRE DIVISION.

FAUX CIVIL.

SOMMAIRE. — 615. Système emprunté à l'ordonnance de 1737. — 616. Complication spéciale de la procédure.

615. C'est à l'ordonnance de 1737 que les rédacteurs du Code de procédure ont emprunté le système compliqué qu'ils ont organisé en matière d'inscription de faux. Ils y ont toutefois introduit, ainsi que nous le verrons, de notables améliorations, qui étaient nécessaires pour mettre ce

système en harmonie avec les changements opérés dans la législation.

Il semble qu'on se soit étudié à hérisser de difficultés la marche de cette procédure, afin de mieux protéger la foi des actes authentiques. Bien que la loi actuelle ait supprimé quelques entraves, celles qui subsistent sont encore assez sérieuses et assez multipliées pour rebuter souvent les plaideurs qui voudraient s'engager dans une pareille voie. Dans la pratique, les demandes à fin d'inscription sont assez difficilement accueillies, et elles arrivent plus difficilement encore à un résultat favorable pour le demandeur. N'est-ce point là dépasser le but? C'est ce qu'ont pensé les rédacteurs du projet de réforme, qui ont proposé un système plus simple, commun à la vérification d'écritures et à l'inscription de faux. (Voy. n° 636 *bis*.) Sans nous astreindre à parcourir minutieusement toutes les formalités de détail que renferme la procédure actuelle de faux, nous nous appliquerons à en suivre avec soin les diverses phases, dans ce qu'elles offrent de plus intéressant.

616. Ordinairement, lorsqu'une partie demande à administrer la preuve de certains faits, il intervient une seule décision interlocutoire, qui prononce sur l'admissibilité de ces faits, et qui délègue les pouvoirs du tribunal à un juge-commissaire. Celui-ci ne ressaisit les juges de l'affaire que lorsque ses opérations sont complétement terminées. Telle est la marche que nous avons vue adoptée dans les expertises et dans les enquêtes, et que nous retrouverons encore en matière de vérification d'écritures. En ce qui concerne le faux, le législateur procède d'une manière beaucoup plus compliquée. Le premier jugement interlocutoire, qui admet l'inscription de faux et nomme un juge-commissaire, ne dessaisit pas le tribunal. Un second interlocutoire est nécessaire pour statuer sur l'admission des moyens de faux. On procède

ensuite à l'instruction du faux devant le juge-commissaire. Enfin le tribunal rend sa décision définitive.

On voit qu'il y a trois phases successives, terminées toutes par un jugement :

1° Procédure à fin d'être admis à s'inscrire en faux ;

2° Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens e faux ;

3° Procédure à fin d'établir l'existence du faux.

Nous verrons toutefois (n° 626) qu'il n'est pas absolument nécessaire, pour arriver à une solution définitive, que ces trois phases soient épuisées.

Après avoir parcouru ces trois périodes, nous parlerons, en quatrième lieu, du résultat final de la procédure, qu'elle se termine par un jugement définitif ou bien par une transaction.

§ 1. PROCÉDURE A FIN D'ÊTRE ADMIS A S'INSCRIRE EN FAUX.

SOMMAIRE. — 617. Contre quels actes on peut s'inscrire en faux. — 618. Distinction du faux *matériel* et du faux *intellectuel*. — 619. Inscription de faux devant la Cour de cassation. — 620. Manière d'entamer le faux principal civil. — 621. Procédure commune au faux principal et au faux incident. — 622. Sommation préalable. — 623. Déclaration exigée du défendeur. — 624. Cas où il garde le silence. — 625. Inscription au greffe. — 626. Jugement qui admet ou rejette l'inscription. — 627. Suppression de la consignation d'amende. — 628. Conclusions du ministère public.

617. Une question préalable, dont la solution négative devrait déterminer le tribunal à rejeter de prime abord l'inscription de faux, quelque vraisemblables que fussent les faits allégués, c'est celle qui consiste à savoir si l'acte est de nature à pouvoir être attaqué par cette voie.

Il faut reconnaître que tous les actes publics (nous ne parlons pas encore des actes privés), de quelque autorité qu'ils émanent, sont passibles de l'inscription de faux. Ce fut ainsi que le Parlement de Paris admit, le 7 février 1740, l'inscription de faux contre la minute d'un arrêt, malgré les efforts de Cochin, qui prétendait « qu'il n'y aurait plus d'asile

« pour les hommes, si la tempête régnait dans le port même. » Plus l'acte est important, plus il est essentiel de le mettre à l'abri de la falsification. Vainement a-t-on dit de nos jours, en reproduisant la doctrine de Cochin, qu'un jugement ne saurait être attaqué que par la voie de l'appel ou du recours en cassation. C'est là une véritable pétition de principe, puisque le demandeur en faux soutient que l'acte attaqué n'a que l'apparence d'un jugement. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens, le 13 juin 1838 [1] et le 20 janvier 1857 [2]. Encore moins devons-nous admettre l'opinion d'anciens docteurs, qui prétendaient qu'on ne pouvait argüer de faux une pièce ayant cent ans de date : opinion contredite formellement par les articles 448 et 488 du Code de procédure, qui font courir les délais de l'appel ou de la requête civile, lorsqu'il s'agit d'un faux, du jour où il a été reconnu, sans s'occuper de la date de l'acte.

618. La foi qui s'attache à l'acte en forme authentique repose, nous l'avons vu (n° 457), sur deux présomptions : 1° que l'acte présentant les apparences de l'authenticité est réellement l'œuvre d'un officier public, et n'a point d'altérations matérielles ; 2° que cet officier n'a point prévariqué dans l'exercice de ses fonctions. Lorsque l'on s'inscrit en faux contre la première de ces présomptions, l'acte est argüé de *faux matériel ;* lorsque l'on s'inscrit en faux contre la seconde, l'acte est argüé de *faux intellectuel.* Nous verrons que cette distinction n'est pas sans intérêt.

[1] Toutefois l'arrêt de 1838 ajoute « qu'une inscription de faux incident contre une mention d'arrêt conforme à la feuille d'audience ne doit être déclarée admissible qu'avec une extrême réserve, parce qu'il serait trop dangereux de faire dépendre de souvenirs éloignés, incertains et fugitifs, l'autorité et la foi dues aux arrêts revêtus de toutes les formalités voulues par la loi. »

[2] La Cour a également cassé, le 8 novembre 1864, un arrêt de la Cour de Dijon signalant une prétendue violation de la chose jugée dans un jugement qui avait admis l'inscription de faux contre un acte dont la validité intrinsèque avait été judiciairement reconnue. (Voy. art. 214, Cod. de proc.)

619. On peut s'inscrire en tout état de cause, en appel comme en première instance, et même devant la Cour de cassation. Néanmoins, devant cette dernière Cour, on ne saurait être reçu à critiquer des pièces que l'on pouvait attaquer de prime abord auprès des tribunaux appréciateurs des faits : autrement, l'ordre des juridictions se trouverait interverti. (Rej., 31 décembre 1812 et 31 mai 1831.) Mais il y a des pièces qui, par leur nature même, ne peuvent être produites que devant la Cour régulatrice, et à l'égard desquelles on ne saurait lui interdire d'admettre l'inscription de faux, à moins de vouloir rendre impossible toute poursuite civile pour des faux de cette nature. Ce sont précisément les expéditions ou les minutes des jugements attaqués; si ces documents importants étaient à l'abri de l'inscription de faux, les nullités les plus graves pourraient se couvrir après coup, par la mention que ferait le greffier de l'accomplissement de formalités qui auraient été omises. (Cass., 13 juin 1838 et 13 mai 1840.) Aussi la procédure de faux devant le conseil des parties avait-elle été organisée par le règlement de 1738, qui sert encore aujourd'hui de base à la procédure de la Cour de cassation. Mais la Cour, tout en admettant l'inscription, délègue à un tribunal d'un rang égal à celui qui a rendu la décision attaquée l'instruction du faux, qui ne rentre pas dans les attributions ordinaires de cette Cour. (Voy. Règl. de 1738, part. II, tit. X, art. 4.) C'est ainsi que procède le Conseil d'État en pareille circonstance, aux termes de l'article 20 du décret du 22 juillet 1806. Seulement, le Conseil d'État ne peut évidemment que renvoyer au tribunal compétent, sans avoir jamais, comme la Cour de cassation, la faculté de désigner un tribunal déterminé. Mais, en sens inverse, lors même qu'un tribunal civil n'est saisi qu'incidemment d'un acte administratif, il doit renvoyer devant l'autorité administrative, pour

qu'elle statue sur l'admissibilité de l'inscription de faux. (Cass., 21 mai 1827; Douai, 6 juin 1853.)

620. Le texte du Code de procédure (art. 214) suppose que la pièce contre laquelle on veut s'inscrire apparaît dans le cours d'une instance principale, où elle est *signifiée* par un officier ministériel, *communiquée* sur récépissé ou par dépôt au greffe (*ibid.*, art. 189), ou *produite*, c'est-à-dire employée contre l'adversaire, sans signification ni communication préalable, par exemple, dans une plaidoirie. Il est permis cependant, ainsi que l'a reconnu implicitement la Cour de cassation dans les motifs de l'arrêt du 25 juin 1845 (n° 609), de saisir la juridiction civile d'une demande principale en faux. Il faudra évidemment alors (Rennes, 19 décembre 1815) entamer la procédure par une assignation, qui tiendra lieu de l'acte d'avoué à avoué, que prescrit l'article 215 du Code de procédure pour le cas de faux incident. Néanmoins, puisque l'on n'est pas d'accord sur l'admissibilité du faux principal civil, la prudence doit porter à suivre dans la pratique la marche imaginée par M. Thomine Desmazures, suivant le système des actions provocatoires (n°s 254 et 255), pour faire rentrer le faux principal dans le faux incident. Cette marche consiste à assigner celui que l'on suppose détenir une pièce fausse, afin de déclarer qu'il ne possède aucun titre contre le demandeur. (Voy. notre *Comm. sur le Code de procédure*, n° 253.) Si la déclaration est faite, il n'y a aucun danger. Si l'acte est produit, on prend la voie du faux incident. Il est vrai que le défendeur peut ne pas produire la pièce et ne pas faire non plus de déclaration, et qu'alors, s'il n'est pas possible de saisir la pièce, la procédure n'amènera aucun résultat sérieux. Mais cet inconvénient est inévitable; il pourrait se présenter également, si l'action était intentée au criminel. D'ailleurs, après tout, la procédure n'est pas frustratoire; car, si le défendeur produit

plus tard les pièces que j'avais argüées de fausseté, le refus qu'il aura fait de les communiquer sera une grave présomption de l'existence du faux. Enfin il peut arriver qu'une pièce fausse soit employée autrement que dans une instance. Ainsi, un jugement faux peut être signifié [1] et servir de base à des poursuites extrajudiciaires, c'est-à-dire à des actes d'exécution forcée. Il est évident qu'on ne saurait, en pareil cas, procéder par acte d'avoué à avoué, ainsi que le suppose l'article 214. Il faut demander la nullité des poursuites, et lorsque la partie adverse produit son titre, procéder contre elle suivant les formes prescrites pour le faux incident.

621. Revenons maintenant à la marche suivie par le Code de procédure, qui sera la même pour le faux principal que pour le faux incident, quand une fois l'instance aura été liée par une assignation et par une constitution d'avoué de la part du défendeur.

622. La position de celui qui fait sciemment usage d'une pièce fausse est si grave, puisqu'il s'expose à subir la peine des travaux forcés à temps (C. pén., art. 148), qu'il convient, dès l'origine de la procédure, de le sommer de déclarer bien positivement s'il entend se servir de la pièce argüée de faux. Cette sommation est faite par l'acte même qui indique l'intention de s'inscrire, au cas où il serait fait usage de la pièce. (C. de proc., art. 215.) Cet avertissement essentiel est en harmonie avec ce qui se pratique, lorsqu'on somme également le défendeur à l'enquête d'avouer ou de dénier les faits sur lesquels une enquête est provoquée.

623. Dans les huit jours (*ibid.*, art. 216), la partie som-

[1] C'est ainsi qu'on signifia aux Jésuites de Paris, le 3 mars 1759, un faux arrêt du Conseil d'État, portant condamnation solidaire des membres de la société à huit millions de livres. (*Clément XIV et les Jésuites*, par M. Crétineau-Joly, p. 87.)

mée doit faire la déclaration exigée, qui, trop importante pour être comprise dans le mandat général de l'avoué, doit être signée d'elle, ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique, porteur qui peut au surplus être l'avoué lui-même. Il n'est pas douteux, malgré le silence de la loi, que ce délai de huit jours ne doive être augmenté à raison des distances; nous avons vu (n° 261) qu'on le décide pour l'enquête, où la partie ne joue pourtant qu'un rôle purement passif, et il doit en être de même à plus forte raison lorsqu'elle est appelée à faire une déclaration toute personnelle. La jurisprudence a également admis, après quelques hésitations, que ce délai de huit jours n'est point fatal, et que, suivant la pratique généralement reçue dans les cas où la loi prescrit un délai sans ajouter *à peine de nullité*, l'audience peut être poursuivie dès l'expiration de la huitaine, mais que le défendeur est toujours à temps de faire sa déclaration, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé. (Rej., 24 janvier 1842.)

624. Lorsque le défendeur garde le silence, ou déclare qu'il ne veut pas se servir de la pièce (*ibid.*, art. 217), cette pièce est rejetée. Toutefois le législateur a soin d'ajouter qu'elle ne l'est que *par rapport au défendeur*, c'est-à-dire en tant que celui-ci prétendrait en faire usage; mais elle est acquise au procès dans l'intérêt du demandeur, qui peut en tirer telles conséquences qu'il juge à propos, et réclamer des indemnités pour le préjudice qu'elle pourrait lui avoir causé. Il n'est pas douteux non plus que la poursuite criminelle du faux, s'il y a lieu, ne demeure entière, lors même que l'abandon de la pièce n'aurait pas été dicté par la crainte, mais par le repentir : jamais, aux yeux du législateur civil, le repentir n'a été considéré comme faisant disparaître la faute.

Toutefois le silence ou la déclaration du défendeur ne

sauraient avoir la force qu'on ne pourrait attribuer à un aveu formel. Lorsque la procédure porte sur des points pour lesquels il n'y a point de transaction, notamment lorsque c'est un acte de mariage qui est attaqué par la voie de l'inscription de faux, le tribunal doit passer outre, ainsi que l'a jugé la Cour de Riom le 26 juin 1828, contrairement à un précédent arrêt du 3 juillet 1826. La décision contraire ouvrirait la voie à une sorte de divorce par consentement mutuel.

625. Si, au contraire, le défendeur déclare qu'il veut se servir de la pièce (*ibid.*, art. 218), alors le demandeur s'inscrit au greffe par un acte qui doit être, comme la déclaration de la partie adverse, signé de lui ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique. Il poursuit ensuite l'audience, à l'effet de faire admettre l'inscription et d'obtenir la nomination d'un juge-commissaire.

626. Bien que la partie demanderesse n'ait pas encore proposé ses moyens, on reconnaissait autrefois, et on reconnaît aujourd'hui au tribunal, la faculté de rejeter *de plano* l'inscription. (Rej., 17 juin 1868.) Suivant un arrêt de la Cour d'Alger du 21 avril 1853, la procédure en inscription de faux aurait trois périodes successives, auxquelles correspondraient nécessairement trois instances distinctes et séparées. Mais cette doctrine rigoureuse et formaliste n'a point prévalu. Elle prêterait aux abus les plus graves, puisqu'elle permettrait d'entraver, au moyen d'une inscription dont les tribunaux ne pourraient arrêter les effets, l'exécution des actes les plus réguliers. (Comp. n° 639.) Toujours peu favorable aux demandes en inscription de faux, qu'elle considère comme une arme dangereuse entre les mains de la chicane, la jurisprudence va plus loin encore. Elle admet (Rej., 9 juillet 1839, 1er avril 1844 et 25 avril 1854) que le tribunal peut passer outre, s'il croit l'allégation de faux dénuée de fondement, sans

tenir compte de la sommation faite par l'une des parties à son adversaire de déclarer s'il entend se servir de la pièce, et sans même attendre l'expiration du délai de huitaine à partir de la sommation. Cette décision, qui, au premier coup d'œil, paraît exorbitante, se justifie aisément, si on se reporte à l'historique de la matière.

Sous l'ordonnance de 1737, la première démarche qui était prescrite au demandeur, c'était de se faire autoriser à fin d'inscription. Il est clair que dans ce système le juge avait toujours la faculté d'arrêter la procédure dès le premier pas. Les rédacteurs du Code de procédure ont pensé avec raison qu'aucune autorisation ne devait être exigée avant la sommation adressée au détenteur de la pièce fausse, puisque la justice ne devait être appelée à statuer qu'autant qu'il y aurait par le fait intérêt, c'est-à-dire contestation de la part du défendeur. Mais, de ce qu'ils ont dispensé le demandeur de présenter tout d'abord une requête qui pouvait en définitive n'avoir aucune utilité, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient voulu dessaisir le juge du pouvoir qu'il a toujours de passer outre, lorsqu'une réclamation incidente lui semble mal fondée. Autre chose est la faculté accordée à la partie d'adresser *de plano* une sommation à son adversaire; autre chose est la suspension forcée de l'instance principale par l'effet de cette sommation, suspension que la loi n'a nulle part prononcée.

De plus, suivant la doctrine de la Cour de Poitiers, qui nous a paru fondée (n° 507), le tribunal doit écarter dès l'abord l'inscription de faux, comme inutile, aux cas où il est permis d'attaquer l'acte directement.

Il ne faudrait cependant point abuser de cette faculté attribuée aux tribunaux de rejeter *de plano* l'inscription de faux. C'est ainsi que le tribunal de Bordeaux ayant écarté d'emblée la demande en inscription contre un testament,

malgré l'articulation du fait grave *que les témoins auraient quitté la chambre du testateur pendant que le notaire écrivait le testament*, son jugement a été réformé, le 9 mars 1859, par la Cour de Bordeaux, qui a invoqué, avec raison, les motifs suivants : « Qu'il ne s'agit pas, quant à présent, d'examiner « les moyens de faux, les faits, circonstances et preuves, « qui, concourant à les rendre vraisemblables, peuvent dé- « terminer le juge à ouvrir au demandeur la voie, toujours « périlleuse, des enquêtes; qu'on est encore à la première « phase de la procédure, et qu'il échet seulement de déci- « der si l'inscription de faux doit être admise, c'est-à-dire « s'il sera permis au demandeur de proposer ses moyens de « faux; qu'il est évident, et qu'il résulte d'ailleurs de l'éco- « nomie de la loi, que cette première épreuve ne doit pas « être environnée de la même rigueur que la seconde; que « l'office du juge consiste principalement à vérifier si le fait « allégué est concluant, s'il est de nature à entraîner la « nullité de la pièce ou à influer sur la décision du procès; « que, hors de là, ce n'est qu'autant qu'il est pleinement « démontré que l'inscription de faux est téméraire et ne « saurait aboutir, qu'on peut la repousser dès l'abord et « sans autre vérification : car, s'il est vrai qu'il ne faut pas « que la foi due aux actes publics soit facilement ébranlée, « il faut encore moins s'exposer à fermer l'accès à la lumière « et à la vérité. »

627. Le Code de procédure a supprimé une autre entrave, qui existait pour le demandeur sous l'ordonnance de 1737 : la nécessité de consigner préalablement l'amende, à laquelle il peut être condamné. « Pourquoi donc payer « d'avance », dit M. Treilhard dans l'exposé des motifs, « pour user d'un moyen avoué par la loi? » Cette observation est juste; mais alors, pour être conséquent, on ne devrait pas non plus exiger une consignation préalable des

parties qui emploient les voies légales de l'appel, de la requête civile et du recours en cassation; ou même (ord. de 1758, part. II, tit. X, art. 1er) de celles qui s'inscrivent en faux (n° 619) contre des pièces produites devant la Cour régulatrice.

628. Au surplus, le jugement qui admet ou rejette l'inscription doit, comme tous ceux qui interviennent dans cette procédure, être rendu sur les conclusions du ministère public. (C. de proc., art. 251.)

§ 2. PROCÉDURE A FIN D'ÊTRE ADMIS A LA PREUVE DES MOYENS DE FAUX.

SOMMAIRE. — 629. Instruction préalable, empruntée au système de 1737. — 630. Dépôt de la pièce. — 631. Quand l'apport de la minute est nécessaire. — 632. Procès-verbal constatant l'état de la pièce. — 633. Cette partie de la procédure particulière au faux matériel. — 634. Signification des moyens. — 635. Modification apportée au système de 1737. — 636. Nécessité d'articuler des moyens précis. — 636 *bis*. Projet de suppression de cette phase de la procédure.

629. Admettre le demandeur à l'inscription, ce n'est pas encore l'admettre à la preuve du faux. Il faut qu'une procédure préalable, dirigée par le juge-commissaire, en rende l'existence vraisemblable. Il y a ici quelque chose d'analogue à l'instruction préparatoire, dans les affaires de grand criminel, qui se termine par un arrêt de mise en accusation ou par un arrêt de non-lieu. Cela s'explique par l'intime connexité qui existait, sous l'empire de l'ordonnance de 1737, dont le Code de procédure a reproduit la substance, entre la procédure civile et la procédure criminelle de faux. La pièce est *accusée de faux*, disait Pothier. (*Proc. civ.*, chap. VI, § 5.)

Pour préparer et pour éclairer la décision du tribunal, la loi prescrit diverses opérations appropriées au but qu'il s'agit d'atteindre. On prend d'abord des mesures pour obtenir la représentation de la pièce, qui est, en quelque sorte, le corps du délit. On en constate l'état par un procès-verbal, auquel sont appelés les intéressés. Les moyens de faux

sont signifiés par le demandeur à son adversaire. Enfin, le tribunal prononce sur l'admission ou sur le rejet de ces moyens.

630. Le dépôt au greffe de la pièce argüée de faux doit être effectué par le défendeur dans les trois jours de la signification du jugement qui admet l'inscription, et dénoncé dans les trois jours suivants au demandeur, par la signification de l'acte de mise au greffe. (C. de proc., art. 219.) Ces deux délais ne sont pas susceptibles d'augmentation à raison des distances, comme celui qui est donné au défendeur pour déclarer s'il entend se servir de la pièce. Il ne s'agit plus, en effet, d'une sommation toute personnelle, mais simplement de la remise d'une pièce qui doit être dans les mains de l'avoué du défendeur, ou bien d'une simple notification, qui se fait toujours d'avoué à avoué. Mais il est également vrai ici que l'expiration du délai n'emporte point déchéance, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé. (Rej., 2 février 1826.) Seulement, le demandeur a la faculté de faire effectuer le dépôt au greffe, aux frais du défendeur. Il n'est plus temps pour celui-ci, comme le dit fort bien l'orateur du Tribunat, de se remettre dans la position où il était avant sa déclaration; il faut que l'affaire soit suivie, si le demandeur l'exige. Toutefois le dépôt ne peut être ainsi ordonné qu'autant qu'il existe un double de la pièce entre ses mains, ou bien qu'une tierce personne possède, soit un double, soit l'original. Autrement, on ne serait pas reçu, en matière civile, à faire ordonner une perquisition dans le but de saisir la pièce chez l'adversaire. Il n'y aurait alors d'autre ressource que la demande en rejet.

631. Lorsqu'il s'agit d'une pièce dont il y a minute, ce qui arrive presque toujours pour les actes authentiques dont nous nous occupons maintenant, l'apport de la minute paraît nécessaire, puisque, tant qu'elle existe, c'est à elle

seule qu'il convient de s'en référer pour la preuve. (C. civ., art. 1334.) Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle cet apport sans distinction. Mais l'ordonnance de 1737, suivie en ce point par le Code de procédure (art. 221, 222), a laissé au tribunal la faculté de statuer suivant les circonstances. La minute peut se trouver à une distance fort éloignée, ou l'altération alléguée peut être de telle nature qu'elle ne tombe évidemment que sur l'expédition. Lorsque l'apport est exigé, les dépositaires de la minute, fonctionnaires publics ou simples particuliers, peuvent être contraints à l'effectuer dans un délai qui est déterminé par le juge-commissaire ou par le tribunal, suivant que l'un ou l'autre a été saisi de la question.

632. La pièce remise au greffe, il faut procéder à en constater l'état contradictoirement, dans un bref délai. Lorsque c'est le défendeur qui a fait la remise, ainsi que cela arrive le plus ordinairement, il doit, dans l'acte même de signification de la mise au greffe, sommer le demandeur d'être présent au procès-verbal de l'état de la pièce, et le procès-verbal doit être dressé trois jours après cette signification. Cette opération a lieu dans les trois jours de la remise, sommation préalablement faite au défendeur, si c'est le demandeur qui a opéré le dépôt. (C. de proc., art. 225.) L'expérience a fait reconnaître l'utilité de ces brefs délais, qui existaient déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1737. Il importe de ne pas perdre de temps, lorsqu'il s'agit de constater les vices d'une pièce dont l'anéantissement peut être d'un si grand intérêt pour celui qu'elle compromet. Le procès-verbal est dressé par le juge-commissaire, en présence du ministère public, du demandeur et du défendeur. (*Ibid.*, art. 227.) On ne saurait trop recommander à ce juge, ainsi qu'au greffier, de ne pas perdre de vue la pièce qui est l'objet du procès. Dans une espèce qui

donna lieu à un arrêt du parlement de Paris du 17 mars 1668, un billet argüé de faux fut adroitement soustrait au greffier, et avalé par la partie à laquelle ce billet pouvait nuire. Les juges se vengèrent en prononçant contre elle la peine des travaux forcés à temps [1]; mais il eût mieux valu garder plus soigneusement le billet.

Le procès-verbal doit mentionner et décrire les ratures, surcharges et interlignes. Boncenne ajoute qu'il convient d'entrer dans plus de détails, de noter les endroits où l'écriture se resserre et ceux où elle s'élargit, les teintes différentes de l'encre, les altérations du papier, ses coupures, ses déchirures, les traces du grattoir, etc. On ne doit rien négliger de ce qui peut mettre sur la trace du faux.

633. Il importe d'observer, du reste, que toute cette partie de la procédure, depuis le jugement qui a admis l'inscription jusqu'à la signification des moyens, paraît se référer uniquement à l'hypothèse d'un faux matériel. Lorsque les parties sont d'accord sur la teneur de l'acte, qui n'a évidemment subi aucune altération, et que la difficulté porte uniquement sur un faux intellectuel, à quoi bon opérer le dépôt de la pièce au greffe? A quoi bon surtout dresser procès-verbal de son état, qui n'est pas en question?

634. Huit jours après la confection du procès-verbal, s'il a dû en être dressé un, sinon, huit jours après la signification du jugement d'admission, le demandeur doit signifier ses moyens; le défendeur doit répondre dans un délai qui est également de huitaine. Trois jours après les réponses, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience. (*Ibid.*, art. 229-231.) L'audience peut également être poursuivie à

[1] La peine serait aujourd'hui celle de la réclusion. (Cod. pén., art. 255.

l'expiration de la première huitaine, s'il n'y a pas eu de signification de la part du demandeur, afin de le faire déclarer déchu de son inscription ; ou bien, au contraire, à l'expiration de la seconde huitaine sans réponse de la part du défendeur, afin de faire prononcer le rejet de la pièce. Ces décisions dérogent à la règle ordinaire, qui permet aux parties de s'abstenir d'écritures, si elles le jugent convenable. (*Ibid.*, art. 80.) Les questions de faux offrent une telle gravité, qu'on a voulu mettre le demandeur dans la nécessité d'articuler ses moyens à peine de déchéance, et obliger également le défendeur à s'expliquer, à peine de rejet immédiat de la pièce. Les moyens qui appuient ou qui combattent la demande doivent donc être développés de part et d'autre, pour que le tribunal puisse rendre en connaissance de cause la décision interlocutoire qui termine la la seconde phase du procès.

635. Il faut remarquer que cette dernière partie de la procédure a été refaite à neuf. Dans le système de l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 27 et 28), les moyens de faux étaient mis au greffe, et il ne devait en être donné ni copie ni communication au défendeur. C'était un vestige du caractère criminel qu'avait primitivement l'instruction du faux : on s'attachait encore, bien que les conclusions ne fussent qu'à fins civiles, aux errements de la justice pénale d'alors, qui, de crainte que l'accusé n'eût trop de facilité pour préparer une défense mensongère, lui refusait toute communication des moyens employés contre lui. Un double motif devait faire rejeter aujourd'hui cette marche : d'abord, le faux civil est maintenant tout à fait distinct du faux criminel ; en second lieu, notre système d'instruction criminelle est loin de reposer sur les mêmes bases que celui qui existait en 1737.

636. Pour en revenir aux moyens de faux, ils seront

généralement faciles à préciser lorsqu'il s'agira de faux matériel. On fera ressortir les signes extérieurs qui en dénotent l'existence d'une manière plus ou moins frappante. Quand, au contraire, il s'agira d'un faux intellectuel, sera-t-il permis de considérer comme moyen suffisant de faux la simple dénégation des faits constatés par l'officier public, sauf à en prouver ultérieurement la fausseté? Si cette prétention était fondée, l'inscription de faux ne serait que l'administration de la preuve contraire, soumise seulement à quelques entraves de plus. Mais alors à quoi bon exiger l'articulation des moyens? Pour que l'on puisse élever des doutes sur la véracité d'un officier public, l'esprit de la loi exige que l'on articule des faits contraires à ceux énoncés dans l'acte, un *alibi*, par exemple, si l'on veut nier la présence des parties, contrairement à la foi d'un acte authentique. Aussi l'article 129 du Code de procédure veut-il que l'acte qui signifie les moyens, relate les *faits, circonstances et preuves*, par lesquels on prétend établir le faux. Si l'on pouvait se contenter d'un simple démenti donné aux assertions de l'officier par le demandeur en faux, quel acte pourrait échapper aux attaques d'un plaideur éhonté, décidé à tout nier avec une impudente énergie? Aussi a-t-il été jugé, conformément aux conclusions de Merlin (voy. *Répertoire*, v° MOYENS DE FAUX), par un arrêt de cassation du 18 février 1813, que ce n'est pas là un point abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, et que leurs décisions doivent être annulées, lorsqu'ils admettent comme moyen suffisant de faux la dénégation pure et simple de faits authentiquement constatés. L'arrêt de 1813 est relatif à un procès-verbal des préposés des droits réunis, mais nous verrons que les règles sur l'articulation précise des moyens de faux sont communes aux matières civiles et criminelles. La Cour a, du reste, consacré la même exigence

relativement à l'inscription de faux contre les actes notariés, par l'arrêt de cassation du 31 janvier 1825, dont la doctrine a été confirmée par de nombreux arrêts postérieurs. « Le « but de la loi », dit l'arrêt de 1825, « est facile à saisir : « elle a voulu que les faits articulés contre l'acte attaqué « fussent tellement précis et circonstanciés, que les magis- « trats pussent en apprécier le mérite, et les parties elles- « mêmes connaître positivement quels sont les seuls points « sur lesquels porterait la preuve ; cette disposition tend en « même temps à prévenir toute collusion avec des témoins, « que l'on ferait déposer sur des faits inconnus, concertés « avec eux, après coup, et qui n'auraient pas été annoncés « dans les moyens. »

Remarquons toutefois qu'il ne faut pas pousser trop loin cette doctrine, et rendre à peu près impossible la preuve du faux intellectuel, en exigeant, comme l'a fait la Cour de Poitiers, le 27 novembre 1850, l'articulation de faits *qui excluent invinciblement l'existence et la possibilité des* faits énoncés dans l'acte argüé de faux. On a prétendu [1], par exemple, qu'il fallait, conformément à la décision de Justinien (L. 14, Cod., *De contr. stipul.*), pour prouver un *alibi*, établir l'absence des parties ou des témoins instrumentaires pendant la journée entière, lors même que le notaire aurait indiqué l'heure de la rédaction de l'acte, sa montre pouvant être en avance ou en retard. Ainsi, l'arrêt précité de la Cour de Poitiers a rejeté comme insuffisante l'articulation du fait *qu'un témoin n'aurait signé un acte de donation que deux jours après sa confection, et hors la présence des parties* [2], sous

[1] On peut voir ce système longuement développé devant la Cour supérieure de Bruxelles par l'avocat Kockaert, dont Merlin (*loc. cit.*) reproduit les arguments. Mais la Cour de Bruxelles (comp. les arrêts du 20 février 1820 et du 13 juin 1821) a repoussé les conséquences extrêmes de la théorie de Kockaert.

[2] On se rappelle qu'aux termes de la loi du 21 juin 1843 (art. 2), pour

prétexte que l'heure de cette signature n'était pas mentionnée. Si cet arrêt n'a pas été déféré à la Cour de cassation, le système qu'il consacre n'en a pas moins été formellement réprouvé par la Cour régulatrice. Ainsi elle a jugé (Rej., 20 avril 1837) qu'on avait pu admettre contre les énonciations de l'acte la preuve de l'absence de l'une des parties, sans qu'il fût nécessaire d'établir l'impossibilité absolue de sa présence. Ainsi, elle a reconnu (Rej., 12 novembre 1856) dans l'articulation de l'absence des témoins instrumentaires à l'heure où leur présence était signalée un fait pertinent et admissible.

Néanmoins, si les faits articulés sont insuffisants, vainement le demandeur en faux proposerait-il au juge de corroborer ses assertions par la délation du serment supplétoire. Une pareille prétention est inconciliable avec la marche tracée par le Code de procédure, qui n'admet point de demi-preuve en matière de faux; aussi a-t-elle été repoussée par l'arrêt de Poitiers, du 27 novembre 1850, et en ce point, du moins, la Cour s'est strictement conformée à l'esprit de la loi.

636 *bis*. Le projet de réforme (art. 200 et suiv.) supprime cette phase de la procédure, comme étant une source de complications et de frais peu justifiés. Dans le système de ce projet, commun à la vérification d'écritures et à la procédure de faux, le tribunal auquel l'inscription de faux est représentée, statue immédiatement, ou ordonne la comparution des parties. Le jugement qui ordonne la comparution, prescrit en même temps l'apport de la pièce argüée de faux, soit par les parties, soit par le dépositaire, public ou autre, si elle est entre les mains d'un tiers.

les actes notariés les plus importants, comme ceux qui contiennent donation entre-vifs, la présence des témoins est requise au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties.

L'état de la pièce est constaté, séance tenante, dans un procès-verbal signé par les parties, le président et le greffier. On procède alors directement à la preuve du faux, sans renvoi devant un juge-commissaire, sans aucune discussion préalable sur l'admissibilité des moyens de faux.

§ 8. PROCÉDURE TENDANT A LA PREUVE DU FAUX.

SOMMAIRE. — 637. Divers modes de preuves admissibles. — 638. Leur cumul n'est point nécessaire. — 639. Faculté pour le juge d'admettre *de plano* l'existence du faux. — 640. Latitude accordée aux experts. — 641. Suspension de l'exécution de l'acte. — 642. Examen des trois modes de preuve. — 643. Preuve par titres. — 644. Preuve par témoins. — 645. Peut-on entendre contre l'acte les témoins instrumentaires, et le notaire lui-même? — 646. Marche de l'enquête. — 647. Expertise. Renvoi.

637. Le jugement, rendu sur les conclusions du ministère public, qui admet le demandeur à la preuve du faux, détermine comment se fera cette preuve, et sur quels points elle devra porter.

La preuve se fait par titres, lorsqu'on démontre la fausseté de l'acte au moyen d'autres actes, dont la sincérité est inattaquable, et qui établissent des faits incompatibles avec la vérité des allégations contenues dans la pièce argüée de faux. Elle se fait au moyen d'une enquête, lorsqu'on entend des témoins qui déclarent avoir assisté à la fabrication ou à l'altération de l'écrit, s'il s'agit d'un faux matériel, ou savoir de science certaine que les faits se sont passés tout autrement qu'ils ne sont relatés dans l'acte, s'il s'agit d'un faux intellectuel. Enfin la preuve se fait par experts, lorsqu'on appelle des hommes versés dans la connaissance des écritures à donner leur avis sur les inductions qu'on peut tirer de l'état matériel de la pièce.

638. Ces trois modes de preuves ne peuvent pas toujours se cumuler. Il est clair, par exemple, que l'expertise n'est d'aucune utilité, s'il s'agit de faux purement intellectuel.

Les témoins, et surtout les titres, peuvent ne pas exister dans l'espèce. Mais lorsque le cumul des preuves indiquées par la loi est possible, le tribunal est-il tenu de les ordonner conjointement? La négative était certaine sous l'ordonnance de 1737 (titre II, art. 30), qui, après avoir indiqué les trois genres d'informations, ajoutait : *Le tout selon que le cas le requerra*. Bien que cette addition ne se retrouve pas dans le Code de procédure (art. 232), rien n'indique qu'elle y ait été omise à dessein; si un seul mode de vérification suffit pour atteindre complétement le but, si, par exemple, un titre d'une authenticité incontestable démontre clairement la fausseté de celui qui est attaqué, on ne voit pas pourquoi on obligerait le tribunal à multiplier les moyens d'investigation d'une manière frustratoire. La Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. (Voy. les arrêts du 25 mars 1835 et du 11 mars 1840.)

639. On se demande même s'il est toujours nécessaire d'ordonner une vérification en forme, et si les juges ne peuvent pas *de plano* admettre l'existence du faux, ainsi qu'ils peuvent certainement[1] rejeter *de plano* l'inscription. (N° 626.) Il ne saurait y avoir de doute sérieux en ce qui concerne le faux matériel. On a constaté souvent dans la pratique des surcharges et des altérations tellement évidentes qu'il eût été vraiment frustratoire d'ordonner une enquête Constante dans l'ancienne jurisprudence (voy. Merlin, *Questions de droit*, v° INSCRIPTION DE FAUX, § 1, n° 1) cette doctrine a été consacrée par de nombreux arrêts dans le droit actuel. (Voy. notamment Rej., 20 février 1821;

[1] Nous avons vu (n° 626) qu'un arrêt de la Cour d'Alger, du 21 avril 1853, refuse au juge la faculté de statuer en même temps sur l'inscription de faux et sur la pertinence des faits, pour rejeter à la fois l'inscription et la preuve; mais que la doctrine contraire est depuis longtemps consacrée par la Cour de cassation. (Voy. Rej., 25 avril 1854.)

12 janvier 1833; 20 janvier 1857.) L'arrêt de la Cour de Caen, maintenu par la Cour de cassation, le 20 janvier 1857, pose, en thèse générale, « que rien n'oblige le juge « à épuiser toutes les formalités du Code, lorsque sa con- « viction est formée, et qu'il trouve dans les faits déjà « exposés par les parties une preuve suffisante de la faus- « seté de l'acte contre lequel l'inscription est demandée. »

Ce pouvoir discrétionnaire du juge est généralement reconnu en ce qui touche le faux matériel. Mais il a été contesté en ce qui concerne l'existence du faux intellectuel, qui ne se révèle point par des signes aussi palpables et qui tend à ébranler la foi due aux officiers publics. On a prétendu que le faux intellectuel exige toujours une instruction. Mais cette distinction n'est point fondée, en principe. Le faux, même intellectuel, peut ressortir avec évidence des données de la cause, ainsi que l'a décidé plusieurs fois la Cour de cassation, notamment au cas où un *alibi* détruisant les énonciations de l'acte était établi par des faits avoués ou non contestés (Rej., 17 décembre 1835), et dans un cas où le faux était plus manifeste encore, celui où un prétendu témoin de l'acte n'avait point assisté à sa réception, aux termes de la déclaration même de l'officier public. (Rej., 10 avril 1838; voy. aussi Bordeaux, 21 juillet 1851.) Il n'y a donc point de différence, en principe, entre le faux matériel et le faux intellectuel, sauf aux juges à user avec plus de sobriété, quant à ce dernier, du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient.

Nous insistons sur ces questions d'admissibilité ou de rejet de la demande *de plano*, parce que ce sont à peu près les seules qui se présentent dans la pratique, le faux étant le plus souvent écarté ou admis d'emblée, et la procédure compliquée du faux incident étant fort rarement mise en œuvre. Le projet de réforme, bien que simplifiant beaucoup

cette procédure, attribue formellement au juge (art. 200, 181), le pouvoir de statuer *de plano*.

640. Le même jugement (*ibid.*, art. 233) qui statue sur la nature des preuves à administrer, énonce dans son dispositif les moyens de faux jugés admissibles [1], les seuls sur lesquels doive porter la preuve. Cette restriction était tellement de rigueur sous l'empire de l'ordonnance de 1670, que les experts, lorsqu'ils découvraient dans l'écrit à eux soumis quelque vice matériel qui ne se rattachait pas aux moyens de faux énoncés, n'osaient en faire mention dans leur rapport, de peur d'être pris à partie, comme s'écartant de la mission qui leur était assignée. Pour obvier à cet abus, l'ordonnance de 1737 a apporté au principe restrictif de la preuve un tempérament, qui se retrouve dans l'article 233 du Code de procédure [2] : « Pourront néanmoins les experts « faire telles observations dépendantes de leur art qu'ils « jugeront à propos sur les pièces prétendues fausses, sauf « aux juges à y avoir tel égard que de raison. »

641. C'est ordinairement aussi ce même jugement qui suspend l'exécution de l'acte, aux termes de l'article 1319 du Code civil.

642. Reprenons maintenant chacune des trois preuves indiquées par la loi.

643. La preuve par titres est extrêmement simple. Lorsque des actes non suspects établissent un fait qui détruit complétement la vérité des allégations de l'officier public, comme un *alibi*, le faux est démontré de la manière la plus palpable. C'est ainsi que les énonciations d'un acte

[1] Le texte dit *pertinents et admissibles;* mais nous avons reconnu (n° 61) que la première de ces conditions rentre dans la seconde.

[2] Cet article deviendrait inutile dans le système du projet de révision, qui supprime l'énonciation des moyens.

de naissance [1] ont été victorieusement contredites par la teneur d'un acte de mariage non contesté. (Cass., 13 décembre 1842.) L'administration de cette preuve ne donne lieu à aucune difficulté. Seulement, les titres produits à l'appui de la demande en faux peuvent eux-mêmes être attaqués par la voie de l'inscription de faux, de même que les témoins entendus à l'appui d'un reproche peuvent être eux-mêmes reprochés. Les doutes émis par quelques auteurs sur l'admissibilité de cette inscription incidente, à raison de la complication qui en résulte dans la procédure, ne peuvent prévaloir contre le texte général (C. de proc., art. 214), qui permet de s'inscrire contre toute pièce produite dans le cours d'une instance. L'intérêt de la célérité est grave, sans doute, mais on ne doit pas lui sacrifier celui de la vérité.

644. La preuve par témoins peut porter sur le fait même du faux matériel, ou du faux intellectuel; elle peut aussi porter, comme la preuve par titres, sur des faits pouvant servir à la découverte de la vérité. La loi le dit spécialement pour la vérification d'écritures (*ibid.*, art. 211), et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en ce qui touche le faux.

Cependant, quoique le texte ne fasse aucune distinction, on a quelquefois douté de l'admissibilité des témoins quand il s'agit de vérifier un faux intellectuel. On a craint que ce ne fût un moyen indirect d'éluder la loi qui défend de prouver contre le contenu aux actes. (C. civ., art. 1341.) N'est-ce pas là, dit-on, préférer le témoignage de simples particuliers, qui offrent souvent peu de garanties, à celui des officiers institués par la loi pour la constatation des faits ju-

[1] Il faut supposer, dans notre opinion, un fait attesté *de visu et auditu* par l'officier civil : autrement, il n'y aurait plus de difficulté, l'acte ne faisant pas foi jusqu'à inscription de faux. (N° 528.)

ridiques? Mais, malgré les conclusions formulées par l'avocat général Daniel, qui a soutenu qu'en l'absence d'indices de faux matériel, la preuve testimoniale n'était admissible dans l'espèce qu'au moyen d'un commencement de preuve par écrit (en ce sens, Riom, 17 mars 1819), ces considérations n'ont pas prévalu devant la Cour de cassation ; la Cour, de même qu'elle a refusé (n° 639) de distinguer entre le faux matériel et le faux intellectuel, quant à l'admission de faux *de plano*, a refusé, le 29 juillet 1807, d'admettre cette distinction quant à la faculté de prouver par témoins. Et en effet, lorsque la loi défend de recevoir la preuve par témoins contre le contenu aux actes, elle n'entend parler que de la preuve contraire que l'on voudrait administrer *de plano*, mais nullement de l'inscription, garantie extrême toujours réservée contre la prévarication des officiers publics. Comment cette prévarication pourrait-elle, sauf dans quelques cas exceptionnels, être prouvée par écrit? Il ne s'agit évidemment que d'un fait frauduleux, et jamais l'exclusion de la preuve testimoniale n'a été appliquée à des faits de cette nature. (N° 141.) C'est le cas de dire, avec Boiceau (Part. I, chap. VII, n° 6) : *Cum hæc omnia dolosa et fraudulenta videantur et criminis speciem habentia, huic legi subjici non debent, imo testibus omnique alio probandi genere hujusmodi fraudes detegi debere existimo.* La Cour de Poitiers, dans l'arrêt de 1850 (n° 636), où elle a touché incidemment ce point, se préoccupe beaucoup du danger de détruire la foi qui doit s'attacher à l'authenticité, elle craint d'ébranler *une des principales bases de la propriété:* mais ce danger nous semble tout à fait chimérique; les inscriptions de faux sont rarement admises par la jurisprudence, et dans tous les cas elle exige les preuves les plus convaincantes pour prononcer la fausseté. Mais, quand les témoignages sont précis et po-

sitifs, la présomption de véracité de l'officier public doit céder à l'évidence.

645. Pourra-t-on entendre les témoins instrumentaires eux-mêmes? Point de doute, s'ils déposent en faveur de la sincérité de l'acte? Un jugement du tribunal de Schelestadt, qui les avait déclarés reprochables comme ayant donné des *certificats* sur les faits relatifs au procès (C. de proc., art. 283), a été cassé, le 23 novembre 1812 : c'était confondre avec l'administration de certificats officieux le ministère légal des témoins instrumentaires. Mais seront-ils reçus à déposer en sens inverse, c'est-à-dire à démentir ce qu'ils ont attesté par leurs signatures? Ce démenti judiciaire donné à une déclaration solennelle paraît, au premier coup d'œil, difficile à admettre. Et cependant, le danger même auquel s'expose le témoin qui fait une pareille déclaration, puisqu'il peut être poursuivi comme complice d'un faux, n'est-il pas une forte présomption en faveur de sa véracité? D'ailleurs n'arrive-t-il pas souvent que des témoins simples et ignorants souscrivent, sans aucune espèce de dol, de fausses énonciations, dont ils ne comprennent pas la portée, celle, par exemple, que le testament a été *dicté* lorsqu'il a été seulement lu au testateur en présence des témoins; et que plus tard ces mêmes témoins, interrogés en justice, exposent sincèrement la manière dont les faits se sont passés? C'est ce qui avait lieu précisément dans une affaire jugée en 1810 par la Cour spéciale de la Seine, affaire où le procureur général Legoux a exposé avec beaucoup de netteté les principes sur ce point. (Voy. Merlin, *Questions de droit*, v° TÉMOIN INSTRUMENTAIRE, § 3.)

Néanmoins, sous l'influence du système des preuves légales, l'ancienne jurisprudence[1] considérait généralement

[1] Cette opinion était pourtant combattue par les meilleurs interprètes du droit romain, qui n'a jamais admis de semblables restrictions. « Adversus

les témoins comme liés à l'avance par leurs dépositions écrites. L'avocat général Séguier, que nous avons déjà vu (n° 343) soutenir avec tant d'énergie la maxime qui accordait foi absolue à la déposition de deux témoins conformes, eut également occasion de donner ses conclusions sur la question des témoins instrumentaires, en 1786 : « On ne « peut absolument, dit-il, recevoir ni déclaration, ni dépo- « sition d'un témoin instrumentaire; sa déclaration n'est « point juridique, elle est déclarée nulle par la loi, sans « qu'il y ait à examiner si elle est ou non conforme à son « premier témoignage. Elle n'y ajoute aucune force, si elle « contient les mêmes faits; elle ne l'ébranle point, si elle « en contient de contraires. D'ailleurs, quelle inégalité n'y « a-t-il pas entre la foi due au témoin, lorsqu'il signe un « testament comme revêtu d'un caractère légal, comme « exerçant une fonction publique, et celle qu'on pourrait « ajouter, soit à la déclaration extrajudiciaire du même « homme redevenu une personne privée, soit même à ce « qu'il déclare sous la religion du serment, lorsqu'il est in- « terrogé par la justice?... Et si les mœurs du témoin « doivent influer sur la foi due à sa déposition, quelle idée « présente de lui-même le témoin instrumentaire qui vient « démentir le contenu de l'acte qu'il a signé? Lorsqu'il « signait le testament, la loi, qui consacrait son ministère, « le présumait honnête et digne de toute confiance. Le tes- « tateur qui l'appelait, confirmait, par sa confiance, cette « présomption de probité. Mais, à l'instant même où il « ouvre la bouche pour déposer contradictoirement au tes- « tament qu'il a signé, il se place dans l'alternative d'être

« testimonia », dit Cujas (*Observ.*, lib. XVI, cap. XXV), « interrogentur testes « ipsi, quorum sunt testimonia, et testimoniis fides non habeatur, nisi eis « suffragetur vox testium ipsorum. » Godefroy dit également (sur la loi 1re, Cod. *De testibus*) : « Iidem testes qui in instrumento interfuerunt, ejus « falsitatem possunt arguere. »

« ou d'avoir été un parjure; la justice indignée voit évidem-
« ment que l'homme qui lui parle est un imposteur; sa
« seule incertitude est de savoir si c'est dans le moment
« actuel ou à l'époque précédente qu'il l'a trompée, et cette
« incertitude même fait qu'elle ne peut prononcer la faus-
« seté du premier acte sur la seule confiance de cet être
« vil, parce que c'est peut-être en disant que l'acte est faux
« qu'il commet un mensonge. » Ces conclusions, conformes à la jurisprudence antérieure, furent adoptées en 1786 par le parlement de Paris, et telle était généralement la doctrine de nos anciens auteurs [1]. Elle était conforme à l'esprit de notre ancienne jurisprudence en matière de preuves. « Loin de faire la critique de l'arrêt de 1786 », disait, en 1810, le procureur général Legoux (cité par Merlin, *loc. cit.*), « il est très-possible qu'assis parmi les juges,
« nous en eussions été d'avis... Nous ne sommes pas sur-
« pris qu'on fît de grandes difficultés pour convaincre un
« notaire de faux sur la déposition de deux témoins instru-
« mentaires... Mais aujourd'hui, nulle distinction à faire
« entre les preuves admissibles en matière de faux, et celles
» qui servent à constater les autres délits. Les témoins qui
« peuvent être administrés pour le crime de faux ne sont
« dès lors reprochables que dans les cas prévus et spécifiés
« par la loi. »

Il y a eu cependant des Cours qui ont reproduit la prohibition de l'ancien droit. Les Cours de Riom (19 mars 1819) et de Toulouse (26 mai 1829) ont déclaré la déposition des témoins instrumentaires suspecte, comme attestant leur

[1] C'est toutefois mal à propos qu'on a invoqué dans ce sens l'autorité de Domat. Il dit bien (liv. III, tit. VI, sect. 2, n° 7) « qu'on n'écouterait pas même une partie qui prétendrait faire ouïr en justice les témoins d'un acte, pour y apporter quelque changement ou pour s'expliquer. » Mais, dans ce passage, il ne s'occupe point du faux; son assertion a trait à la preuve contre et outre le contenu aux actes, et elle est dès lors incontestable.

propre turpitude. L'arrêt précité de la Cour de Poitiers (n° 636) signale également le scandale judiciaire de démentis directs donnés à leur propre signature par les témoins instrumentaires. Aujourd'hui cependant, l'exclusion absolue de ces témoins étant reconnue par trop arbitraire, on se rabat à soutenir, suivant la doctrine de d'Aguesseau, conforme aux principes sur l'aveu dans l'ancien droit (n° 366), que leur déposition ne suffit pas à elle seule pour faire preuve, ainsi que l'a jugé la Cour de Grenoble, le 15 juin 1852. Mais la Cour de cassation, qui a toujours fait prévaloir les principes rationnels quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale [1], n'a admis ni l'exclusion absolue des témoins instrumentaires, ni le système subsidiaire qui ne voit dans leur déposition qu'une sorte de demi-preuve. Elle a posé en principe (Rej., 12 mars 1838 et 12 novembre 1856) qu'on ne saurait articuler des reproches, en se fondant sur des souvenirs de l'ancien droit, en dehors d'aucun texte. Enfin elle décide formellement, dans les considérants de l'arrêt de 1838, que « le pouvoir d'admettre les témoins « instrumentaires une fois reconnu aux juges, c'est à eux, « à eux seuls, qu'il appartient d'apprécier la portée et le « résultat de leur déposition, de manière qu'ils peuvent, sur « cette déposition unique, et sans le secours d'aucun autre « élément de preuve, déclarer la nullité. »

Nous voyons également la jurisprudence anglaise, après s'être longtemps fondée sur ce prétendu principe du droit

[1] La doctrine qui exclut les témoins instrumentaires se rattache intimement à celle que nous avons également combattue (n° 636) avec la Cour de cassation, et suivant laquelle il serait interdit d'établir un faux intellectuel sans prouver l'impossibilité absolue de la vérité des énonciations de l'acte. Aussi voyons-nous le même Kockaert, qui professe cette dernière doctrine, s'efforcer de faire revivre la vieille thèse de la turpitude des témoins déposant contre leur propre signature. (Voy. Merlin, *Répert.*, v° MOYENS DE FAUX.) Le même rapprochement se trouve dans les considérants des arrêts de Poitiers et de Toulouse, qui exagèrent les prérogatives de l'authenticité.

romain que le témoin doit être repoussé comme alléguant sa propre turpitude, revenir, en définitive, à cette règle de bon sens, qu'il faut apprécier le témoignage du témoin instrumentaire, et non l'exclure *à priori*. Le même mouvement de doctrine a eu lieu aux États-Unis, sauf une hypothèse, celle où le souscripteur d'un effet commercial serait appelé à déposer contre la sincérité de cet effet, au détriment d'un porteur de bonne foi; l'opinion qui le déclare non recevable l'a emporté, en Amérique, par des motifs d'utilité pratique. (M. Greenleaf, tom. I, p. 504 et suiv.)

Pour être conséquent dans la doctrine qui a prévalu, il faut faire un pas de plus, et admettre le témoignage du notaire, bien qu'il allègue sa propre turpitude. On sent bien qu'autrefois le notaire devait être repoussé à plus forte raison. *Si non auditur perire volens*, disait le président Favre, *multo minus audietur qui id agit ut et ipse et alius pereat*. Ce n'était là que l'application à la procédure de faux des doutes élevés jadis sur la force probante de l'aveu[1], doutes qui nous ont paru inadmissibles dans le droit moderne. (N° 366.) On peut donc recevoir contre l'acte la déclaration du notaire lui-même, lorsqu'elle paraît sincère. La Cour de Bordeaux, le 3 décembre 1857, a repoussé *de plano* le témoignage du notaire même en faveur de l'acte, à raison de l'intérêt qu'a l'officier rédacteur à en soutenir la validité. Mais admettre comme motif de reproche un intérêt indirect, bien que grave, c'est consacrer le système des reproches illimités, que nous avons combattu. (N° 281.) Les exclusions *à priori* servent mal la découverte de la vérité. Il peut arriver, du reste, pour le notaire, comme pour les témoins, qu'il y ait une mauvaise rédaction sans dol. Il importe de consulter à cet égard l'arrêt de rejet, du 26 juin 1854, rendu à la suite

[1] L'ancienne doctrine française sur ce point s'est conservée dans la Louisiane.

d'un rapport de M. Hardouin, où les principes sont nettement posés.

646. La marche de l'enquête, en matière de faux, est régie par les mêmes principes que dans les autres matières. Toutefois, les témoins devant déposer ici sur les pièces prétendues fausses, il importe qu'ils les aient sous les yeux. Elles doivent donc leur être représentées : ce que le juge-commissaire constate, en faisant parafer les pièces par les témoins, ou bien, s'ils ne peuvent ou ne veulent le faire, en faisant mention de cette circonstance. On procède de même, soit pour les pièces de comparaison, lorsqu'on juge convenable de les représenter aux témoins, soit pour celles que les témoins eux-mêmes auraient produites. (C. de proc., art. 534 et 235.)

647. Enfin le faux peut se prouver par expertise. Mais l'expertise s'applique surtout aux écritures privées, et c'est à propos de ces écritures que la science des écrivains experts a donné lieu à de vives critiques. Nos développements sur ce point se rattacheront donc mieux à la vérification d'écritures, dont la marche, sous ce rapport, est à peu près identique à celle de la procédure de faux. La seule disposition importante qui soit spéciale au faux, c'est celle qui veut que les experts soient toujours nommés d'office. (*Ibid.*, art. 232.) L'avis qu'ils doivent émettre peut avoir de si graves conséquences, qu'il convenait d'attribuer au tribunal seul la faculté de les désigner.

§ 4. ISSUE DE LA PROCÉDURE.

SOMMAIRE. — 648. Solutions diverses de la procédure de faux. — 649. Sursis qu'entraîne le faux criminel. — 650. Prescription en matière de faux. — 651. Cas où le faux n'est que partiel. — 652. Mesures relatives à la pièce jugée fausse. — 653. Suspension de l'exécution de ces mesures. — 654. Amende encourue par le demandeur qui succombe. — 655. Règle particulière sur la transaction.

648. L'instruction du faux peut prendre une telle gravité, qu'il y ait lieu de poursuivre au criminel le défendeur,

et que dès lors la juridiction civile se trouve provisoirement dessaisie. Si, au contraire, l'instruction ne met pas sur la trace d'un crime, on revient à l'audience, et un jugement définitif tranche la contestation. Il peut toutefois intervenir une transaction qui prévienne ce jugement. Nous allons reprendre successivement chacune de ces hypothèses.

649. Lorsqu'il résulte de la procédure des indices de faux ou de falsification (*ibid.*, art. 239), si les auteurs ou complices sont encore vivants, on applique le principe général qui veut que le criminel tienne le civil en état. On surseoit à statuer sur le civil, tant que la procédure criminelle ne soit terminée. Le président du tribunal, ou même le procureur de la République (C. d'instr., art. 462) délivre contre le prévenu un mandat d'amener devant le juge d'instruction compétent. Nous verrons plus tard, en traitant de la chose jugée, quelle influence peut exercer le résultat de la procédure criminelle sur la décision du tribunal civil.

650. L'article 239 du Code de procédure paraît supposer que l'action civile subsiste, lors même que la poursuite du crime est éteinte par la prescription. Mais, si la prescription de l'action publique est accomplie, il semble que l'action civile doit être éteinte elle-même, aux termes de l'article 637 du Code d'instruction[1], qui attribue aux deux actions la même durée de dix ans. On peut d'abord répondre simplement que l'action civile peut très-bien avoir été conservée par des poursuites faites pendant ce laps de dix ans, tandis que l'action publique aurait été prescrite. Mais il faut aller plus loin, et reconnaître que, le silence eût-il été gardé pendant dix ans par la partie civile, comme par la partie publique[2], l'inscription de faux doit toujours être rece-

[1] L'article 239 du Code de procédure renvoie au *Code pénal*; c'est qu'alors le même Code, celui du 3 brumaire an IV, réglait à la fois la pénalité et la procédure.

[2] Mais, dira-t-on, l'action publique elle-même n'est pas prescrite,

vable. Il ne s'agit pas, en effet, d'une action civile proprement dite, d'une demande en dommages et intérêts, susceptible de s'éteindre au bout d'un certain laps de temps, mais d'une défense contre un acte entaché de la plus radicale de toutes les nullités. Car quelle nullité plus grave peut-on invoquer que celle qui consiste à démontrer que l'acte m'est complétement étranger, aussi étranger que s'il était revêtu de la signature d'un tiers? Le temps peut-il avoir la puissance de transformer le faux en vrai? Suffira-t-il à un faussaire de préparer dix ans à l'avance une fraude et de transmettre ensuite l'acte à un tiers de bonne foi, pour que le mensonge devienne une vérité judiciaire? Que je ne puisse plus poursuivre en dommages et intérêts l'auteur du faux, soit; mais la faculté de repousser l'attaque dirigée contre moi au moyen d'un écrit de cette nature est un droit de défense naturelle, qui doit durer aussi longtemps que subsiste en fait la faculté de m'attaquer avec ces armes déloyales. La Cour de cassation a consacré cette doctrine, aussi conforme à l'utilité sociale qu'aux règles d'une saine logique, par un arrêt du 25 mars 1829.

651. Une question souvent débattue jadis, c'est celle de savoir si le faux partiel doit détruire en totalité la foi de l'acte. L'opinion la plus raisonnable sur ce point consiste à distinguer, comme on le faisait à Rome, si les parties de l'acte qui ne sont pas infectées de faux peuvent ou non subsister indépendamment de celles qui sont fausses. « Si ex « falsis instrumentis », dit l'empereur Léon (L. 41, Cod., *De transact.*), « transactiones vel pactiones initæ fuerint,

puisque l'usage d'une pièce fausse constitue un véritable délit successif, et que dès lors la prescription ne court qu'à partir de l'usage même fait de cette pièce dans la procédure. Cela est vrai, quand un plaideur de mauvaise foi use sciemment d'une pièce de cette nature; mais on peut très-bien croire véritable une pièce fausse : alors il n'y a ni crime ni délit de la part du plaideur, et l'auteur du faux peut, de son côté, se trouver à couvert au moyen de la prescription.

« quamvis jusjurandum de his interpositum sit, etiam civi-
« liter falso revelato, eas retractari præcipimus : ita demum
« ut, si de pluribus causis vel capitulis eædem pactiones
« seu transactiones initæ fuerint, illa tantummodo causa vel
« pars retractetur, quæ ex falso instrumento composita
« convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus : nisi
« forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta
« decisa sopiatur. » Si l'acte partiellement faux est encore susceptible d'une validité partielle, à plus forte raison doit-on repousser la jurisprudence arbitraire de certains parlements, qui faisaient perdre son procès au faussaire, lors même que sa cause était bonne indépendamment de la pièce fausse. De pareilles décisions rappellent trop celle du singe devant qui plaidaient le loup et le renard (La Fontaine, liv. II, fable III) :

> Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
> On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

652. Si la pièce est reconnue fausse, le tribunal (C. de proc., art. 241) doit prendre des mesures, soit pour empêcher qu'on ne puisse jamais en faire usage, soit pour rétablir la vérité, s'il y a lieu. Afin d'atteindre le premier de ces résultats, il ordonne la *suppression* ou *lacération* de la pièce, si elle est isolée; la *radiation*, s'il y a eu falsification partielle d'un titre ou d'un registre qu'on ne peut détruire en totalité; enfin la *réformation*[1], acte de destruction morale, que l'on prononce, si l'écrit n'est pas au pouvoir du tribunal, ou si la loi n'en permet pas la radiation, comme lorsqu'il s'agit d'un acte de l'état civil, sauf à faire men-

[1] Tel est le sens donné au mot *réformation* par Serpillon dans son commentaire sur l'ordonnance de 1737, et il n'est pas probable que les mêmes expressions aient un autre sens dans le Code de procédure. (Voy. M. Colmet d'Aage, *Leçons sur le Code de procédure*, § 460.)

tion du jugement en marge de l'acte supprimé. (C. civ., art. 101.) Quant au rétablissement de la vérité, les pièces sont *rétablies* lorsqu'il y a lieu, soit de reproduire en entier des dispositions effacées, soit du moins de remanier l'acte, pour le remettre dans l'état où il était primitivement, s'il s'agit d'un faux matériel, et dans l'état où il devait être d'après l'intention des parties, s'il s'agit d'un faux intellectuel.

653. Toutes ces opérations se font à la diligence du greffier. Mais toutes, sauf la réformation, qui ne produit pas d'effet matériel, sont de nature à causer un préjudice irréparable à la partie condamnée. Or, la condamnation peut ne pas être en dernier ressort; elle peut être du moins passible de voies de recours extraordinaires. Aussi la loi a-t-elle voulu qu'il fût sursis à l'exécution du chef du jugement qui porte sur l'état matériel de la pièce, tant que le condamné est dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation. (Même art. 241.) On ne parle pas du délai pour former opposition, parce qu'il est généralement suspensif en toute matière. Quant aux voies extraordinaires dont l'emploi est fort rare, la tierce opposition et le désaveu, le législateur ne paraît pas en tenir compte.

En sens inverse, si la pièce est déclarée vraie, il n'y a, sans doute, aucune opération matérielle à effectuer; mais il serait dangereux de restituer, soit l'écrit argüé de faux, soit les pièces de comparaison, tant que le jugement peut être attaqué par l'une des voies indiquées. On doit donc, en principe, différer cette restitution. Mais l'application de cette dernière règle peut cesser sur la demande des dépositaires, ou de toute partie intéressée à la réintégration des pièces, pourvu qu'il soit suffisamment garanti au tribunal qu'elles seront représentées à la première réquisition. (*Ibid.*, art. 242 et 243.)

De plus, le ministère public, qui assiste au jugement définitif, comme à toutes les autres phases de la procédure, peut toujours, en faisant des réserves à fin de poursuites criminelles, s'opposer soit à la destruction, soit au retrait des documents utiles ou nécessaires pour l'exercice de l'action publique, laquelle demeure parfaitement indépendante, quelle que soit l'issue du procès civil.

654. Quand le demandeur succombe, il encourt de droit, le jugement eût-il gardé le silence sur ce point, une amende de trois cents francs, indépendamment des dommages et intérêts qui peuvent être alloués par le tribunal au défendeur. Le désistement volontaire n'empêcherait pas l'inscrivant de subir cette amende; il en serait de même, à plus forte raison, s'il avait été déclaré déchu de sa demande, pour défaut d'observation des formalités légales[1]. Mais il faut que l'inscription ait été admise; sinon, la procédure aurait avorté dans son germe. Il suffit au surplus que la pièce, sans avoir été positivement déclarée fausse, ait été rejetée, ou même qu'un faux partiel ait été constaté, pour que l'amende ne soit pas encourue. (*Ibid.*, art. 246-248.)

655. Enfin le procès peut, comme la plupart des contestations civiles, se terminer par une transaction. Nul doute que l'accord des parties ne soit sans effet en ce qui touche l'exercice de l'action publique. (C. d'instr., art. 4.) Mais l'effet de la transaction entre les parties elles-mêmes paraît subordonné ici à une condition toute particulière. « Aucune transaction sur la poursuite du faux incident », dit l'article 249 du Code de procédure, « ne pourra être

[1] L'article 247 du Code de procédure suppose que les parties peuvent avoir été *mises hors de procès*. C'est là un vestige de l'ancien droit, où la *mise hors de cause*, dont nous avons eu occasion de parler (n° 56), s'appliquait au demandeur en faux, à cause du caractère semi-criminel de la procédure. Aujourd'hui, la *mise hors de procès* ou *hors de cause* ne serait que de l'arbitraire, tant au criminel qu'au civil.

« exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après « avoir été communiquée au ministère public, lequel « pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera « à propos. »

Dans le premier état de notre jurisprudence française, à la différence du droit romain, qui permettait de transiger, même sur l'accusation de faux (Diocl., L. 18, Cod., *De transact.*), toute transaction sur le faux était défendue. Il n'a jamais été permis chez nous de transiger en matière de crimes, et nous avons vu que la poursuite, même civile, du faux avait un caractère criminel. Sous l'ordonnance de 1737, la transaction fut permise; mais, bien que l'article 52 du titre II de cette ordonnance ne parlât que d'*exécution*, on pensait généralement que la validité de la transaction au fond était subordonnée à l'homologation du tribunal. C'est qu'alors la partie civile pouvait agir comme partie principale au criminel, et que dès lors les droits auxquels elle renonçait n'étaient pas purement privés, sous l'empire d'une législation qui n'avait pas encore nettement discerné l'action publique de l'action civile. (N° 608.) Mais aujourd'hui que la même confusion n'existe plus, l'action pour la réparation du crime, qui n'appartient qu'au ministère public, demeurant entière, on ne voit pas pourquoi le tribunal serait autorisé à refuser au fond son homologation à une transaction intervenue entre parties capables sur des intérêts purement privés. Ce que le tribunal peut accorder ou refuser, c'est l'*exécution* de la transaction, en tant qu'elle pourrait compromettre l'action publique, c'est-à-dire en tant qu'elle aurait trait à l'enlèvement ou à la destruction des pièces, dont le ministère public peut requérir le maintien au greffe. L'exposé des motifs est tout à fait dans le sens de cette opinion : « Les parties ne sont pas libres », dit Treilhard, « par des conventions privées et secrètes, de faire

« disparaître les traces d'un crime et de soustraire les cou-
« pables aux peines qu'ils ont encourues. »

DEUXIÈME DIVISION.

FAUX INCIDENT CRIMINEL.

SOMMAIRE. — 656. Distinction, au criminel, du faux principal et du faux incident. — 657. Marche ordinaire du faux incident criminel. — 658. Rigueur particulière aux matières spéciales. — 659. Quand il faut appliquer le droit commun. — 660. Marche de l'incident en matière spéciale. — 661. Disposition de l'article 184 du Code forestier.

656. Devant les juridictions criminelles, l'inscription de faux, nous l'avons vu, ne peut jamais se présenter qu'incidemment. L'instruction du faux principal criminel, ou faux principal proprement dit, tend à faire appliquer la loi pénale, et non plus seulement à détruire la foi d'un acte, comme l'inscription de faux.

657. La marche tracée pour attaquer incidemment une pièce fausse au criminel diffère peu de celle qui est suivie devant les juridictions civiles. La partie qui attaque la pièce comme fausse doit préalablement sommer l'adversaire de déclarer s'il entend ou non s'en servir. (C. d'instr., art. 458.) Les plaideurs n'étant pas ici représentés par des avoués, la sommation doit se faire par exploit, et par conséquent nul doute que le délai de huitaine ne doive être augmenté à raison des distances. Du reste, la partie à qui on impose cette sommation n'est que la partie civile. Le ministère public n'est jamais forcé de mettre l'accusé en demeure de déclarer s'il entend ou non employer tel moyen[1]. (Rej., 20 juin 1817.)

[1] Lors même que la pièce aurait disparu par le fait de l'inculpé, les poursuites du ministère public ne sauraient être arrêtées, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, et sous le Code actuel (arr. du 14 mai 1836), et même sous l'empire du Code de brumaire, qui prescrivait à peine de nullité l'accomplissement de toutes les formalités de cette procédure. (Rej., 6 mars 1807.)

Si celui qui reçoit la sommation renonce à faire usage de la pièce, elle est rejetée du procès, sans préjudice des poursuites criminelles auxquelles elle peut donner lieu. Si, au contraire, il persiste à en faire usage, le faux est poursuivi criminellement au cas où il y a eu faux intentionnel; sinon, l'instruction du faux est suivie incidemment, dans les formes ordinaires, devant le tribunal saisi de l'affaire principale. (*Ibid.*, art. 459 et 460.) Cette dernière proposition n'est pas vraie toutefois d'une manière générale. Il ne faut l'appliquer qu'aux Cours d'assises et aux tribunaux de police correctionnelle. On n'a jamais considéré un tribunal de simple police comme offrant assez de garanties pour pouvoir être saisi d'une procédure de faux, dont la marche est si compliquée.

658. En matière ordinaire, le faux criminel n'est plus soumis, nous l'avons vu (n° 613), à peine de nullité, à l'observation des règles compliquées prescrites par la loi civile. Il n'en est point de même dans les matières spéciales dont nous avons déjà parlé, en nous occupant de l'authenticité en matière criminelle, c'est-à-dire en ce qui touche les procès-verbaux constatant certains délits et certaines contraventions, à l'égard desquels l'inscription de faux a été soumise à des règles particulières. Tout est de rigueur dans la procédure qui tend à détruire l'autorité de ces procès-verbaux. « L'in-« observation de ces formalités », dit un arrêt de cassation du 18 novembre 1813, « emporte la déchéance de l'inscrip-« tion de faux; elle éteint donc et anéantit l'action, sans « qu'il soit possible de la reprendre; par une conséquence « nécessaire, les nullités qui résultent de l'inobservation « d'une telle formalité sont absolues et d'ordre public; « elles ne peuvent être couvertes ni par le silence, ni par le « consentement, soit des parties intéressées, soit du minis-« tère public; elles peuvent être proposées en tout état de

« cause comme exception préjudicielle et péremptoire « éteignant l'action, et il est même du devoir des juges de « les suppléer dans le silence des parties. » Ces formalités rigoureuses ont été empruntées à l'ancienne législation, dont les dispositions se trouvaient résumées dans une déclaration du 25 mars 1732, réglant la procédure à suivre sur l'inscription. Indépendamment des règles empruntées à la procédure civile sur l'inscription de faux et sur le dépôt des moyens, la faculté de s'inscrire doit être exercée dans des délais très-brefs, qui varient suivant les matières, mais qui ne vont jamais au delà de l'audience indiquée par la citation. « Dans tous les temps », dit Merlin (*Répert.*, v° INSCRIPTION DE FAUX, § 6, n° 2), « le législateur s'est « attaché à restreindre, avec une inflexible sévérité, le délai « dans lequel peuvent être attaqués par inscription de faux « les rapports et procès-verbaux des préposés[1], et l'on en « conçoit sans peine le motif : c'est que plus la loi accor- « derait d'intervalle au prévenu de contravention pour « s'inscrire en faux contre un procès-verbal, plus elle lui « faciliterait les moyens de forger, de revêtir de toutes les « couleurs de la vraisemblance, et de prouver, par de faux « témoins, des faits contraires aux faits constatés par le « procès-verbal des employés; c'est que les premiers mo- « ments qui suivent la rédaction et l'affirmation d'un procès- « verbal sont toujours ceux où la vérité peut le plus aisément « en être reconnue, où les erreurs peuvent le plus aisément « être dévoilées; c'est qu'il importe de ne pas laisser long- « temps l'intérêt pécuniaire du prévenu aux prises avec sa « conscience. »

659. Mais, à raison même de la rigueur de ces formalités, il faut reconnaître que les règles relatives aux procès-

[1] Il s'agissait de contributions indirectes; mais le principe est évidemment le même dans toutes les matières spéciales.

verbaux sont placées en dehors du droit commun. Il n'est donc pas permis de les compléter, en faisant des emprunts aux dispositions du Code de procédure sur l'inscription de faux. Ainsi, dans le silence des lois spéciales, il n'y a point lieu d'adresser au rédacteur du procès-verbal une sommation préalable, tendant à lui faire déclarer s'il veut se servir de la pièce : c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 14 mai 1813, d'après ce motif que, les agents de l'administration, à la différence des plaideurs ordinaires, n'étant point libres de s'abstenir, une pareille sommation ne saurait avoir à leur égard aucun effet utile. Néanmoins, s'il n'est pas permis de se référer au Code de procédure en ce qui concerne l'instruction de l'affaire, il y a identité de motifs pour appliquer au plaideur téméraire l'amende de trois cents francs, lorsqu'il s'agit d'un faux incident criminel. C'est ce qu'a décidé un arrêt de cassation du 8 février 1845, dans le cas d'une inscription de faux dirigée contre un procès-verbal d'employés des contributions indirectes.

660. Celui qui veut s'inscrire en faux doit le déclarer en personne, ou du moins par le ministère d'un mandataire, porteur d'une procuration spéciale et notariée. L'inscription a lieu, tantôt au greffe, tantôt à l'audience, mais toujours dans de brefs délais. Au jour indiqué par la citation, le tribunal donne acte au prévenu de sa déclaration d'inscription de faux, et fixe un délai assez court, pendant lequel il est tenu de faire au greffe le dépôt des moyens de faux, avec l'indication des noms, qualités et demeures des témoins qu'il veut faire entendre. Ces moyens doivent être, comme en matière civile, des faits de nature à contredire le procès-verbal, et non pas une dénégation pure et simple. Nous avons même vu (n° 636) que c'est à l'occasion d'un procès-verbal des agents des droits réunis que la Cour de cassation, en 1813, sur les conclusions de Merlin, a fixé

sa jurisprudence sur ce point. Les principes sont d'ailleurs les mêmes (Rej., 8 mars 1850) pour l'inscription de faux contre tout acte, formée devant la Cour de cassation. C'est dans ce sens que l'article 179 du Code forestier veut que les moyens soient *de nature à détruire l'effet du procès-verbal.*

A l'expiration du délai fixé, les parties viennent à l'audience, et le tribunal décide si l'inscription est admissible. Ce n'est qu'alors qu'il est autorisé à faire cesser la foi du procès-verbal attaqué. Quand l'inscription de faux est admise, s'il y a des indices de faux criminel, et que l'action publique ne soit pas prescrite ou éteinte par la mort du prévenu, le tribunal doit surseoir, et renvoyer l'affaire devant le juge d'inscription compétent. Il en est autrement si la poursuite ne tend plus à l'application d'une peine, mais seulement à la preuve du faux; rien alors n'empêche que le tribunal correctionnel, saisi de l'incident, ne puisse le vider. Il doit procéder suivant les règles ordinaires, quant à la vérification de l'existence du faux.

661. En principe général, l'inscription de faux, dirigée par un prévenu contre le procès-verbal d'où peut résulter sa culpabilité, est personnelle à ce prévenu, et ne doit pas pouvoir profiter aux autres prévenus qui se trouvent désignés dans ce même procès-verbal. C'est là l'application du principe bien constant, suivant lequel une procédure, quelle qu'elle soit, ne saurait profiter aux personnes qui y sont étrangères. Néanmoins on lit dans l'article 181 du Code forestier, et dans l'article 58 de la loi sur la pêche fluviale : « Lorsqu'un procès-verbal sera rédigé contre plu-
« sieurs prévenus, et qu'un ou quelques-uns d'entre eux
« seulement s'inscriront en faux, le procès-verbal continuera
« de faire foi à l'égard des autres, à moins que le fait sur
« lequel portera l'inscription de faux ne soit indivisible et

« commun aux autres prévenus. » On a probablement pensé qu'il pouvait y avoir quelque chose de choquant, lorsque le fait est indivisible, à voir un procès-verbal déclaré faux, et cependant des prévenus condamnés à l'amende, ou même à la prison, sur la foi de ce procès-verbal. Et cependant ce n'est là, après tout, que l'application logique du principe qui, même en matière indivisible, ainsi que nous le verrons, ne permet d'attacher à la chose jugée qu'une foi toute relative. Il nous paraît difficile d'étendre à d'autres matières la disposition favorable, mais exceptionnelle, du Code forestier et de la loi sur la pêche fluviale.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE

AVEU DU DÉFENDEUR. — ÉCRITURES PRIVÉES.

SOMMAIRE. — 662. Division.

662. Quelque précieuse que soit l'authenticité pour assurer la stabilité des conventions, il n'était pas possible de l'imposer généralement, sans astreindre les parties à des embarras et à des frais qui auraient singulièrement entravé les transactions sociales. (Voy. n° 465.) Aussi l'aveu consigné dans un écrit privé est-il une preuve extrêmement usuelle.

Les plus importantes des écritures émanées de simples particuliers sont les actes sous seing privé, ainsi nommés[1] à raison de la signature qui les caractérise. C'est à ces actes que nous devons spécialement nous attacher. Nous dirons ensuite quelques mots des écritures non signées, qui n'ont de foi régulière que dans certaines circonstances déterminées, en dehors desquelles elles dégénèrent en simples indices : nous traiterons en même temps des signes matériels encore employés pour constater certaines fournitures, des *tailles*, qu'on peut considérer comme une sorte d'écriture grossière.

Les règles que nous allons établir sur la nature des écritures privées, ont trait surtout aux matières civiles. Nous aurons seulement quelques observations à faire, pour compléter le sujet, sur la foi de ces écritures devant les tribunaux criminels.

[1] Le mot *seing* est, en effet, opposé à celui de *sceau* par l'ordonnance de Moulins, et employé souvent par nos anciens auteurs dans le sens de signature. Boiceau emploie continuellement dans cette acceptation, peu conforme à la saine latinité, le mot *signum*, d'où *seing* est évidemment dérivé.

PREMIÈRE SECTION.

ÉCRITURES SIGNÉES. — ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

SOMMAIRE. — 663. Écritures privées à Rome. — 664. En France, substitution de la signature au sceau. — 665. Législation anglaise. — 666. Marque admise en Piémont et en Autriche. — 667. Intervention du tribunal en Prusse. — 668. L'acte privé ne se prouve point lui-même.

663. La signature des parties, qui est chez nous le caractère distinctif des actes sous seing privé, n'existait pas à Rome dans l'origine. Quant au sceau, qui pouvait en tenir lieu, et qu'on employait, par exemple, dans le testament prétorien, pour attester la présence des témoins, il ne paraît pas avoir été exigé dans les écrits privés. (Scæv., L. 34, § 1, D., *De pign.*) Mais il paraît qu'on les rédigeait habituellement en présence de témoins : usage fort naturel pour les Romains, qui avaient l'habitude d'initier leurs concitoyens au secret de leurs affaires, puisque leurs conventions les plus importantes avaient lieu verbalement, et exigeaient, par conséquent, dans la pratique, l'emploi de la preuve orale. Justinien, dans la Novelle 73, donna une force toute particulière aux écrits revêtus de la signature de trois témoins [1]. Il voulut que seuls ils pussent être vérifiés par experts, le témoignage des personnes qui avaient concouru à l'acte rendant l'expertise moins dangereuse : « Ut « non in sola scriptura et ejus examinatione pendeamus, sed « sit judicantibus etiam testium solatium. » Au contraire, la sincérité des écrits qui étaient rédigés sans témoins ou en présence de moins de trois témoins, ne pouvait s'établir que par la preuve directe, et non pas indirectement

[1] On retrouvait cette disposition de la Novelle 73 dans les constitutions du duché de Modène (liv. I, tit. XX, art. 2), qui attribuaient la force de l'acte authentique à l'écrit revêtu de la signature de trois témoins de bonne renommée.

au moyen de la comparaison d'écritures. Léon avait déjà décidé (L. 4, Cod., *Qui pot. in pign.*) qu'en matière de gage ou d'hypothèque, les écritures rédigées en présence de trois témoins l'emporteraient, bien que postérieures en date, sur celles qui seraient dépourvues de cette formalité. Du reste, bien que la signature se fût introduite à Constantinople, elle ne pouvait pas, comme chez nous, tenir lieu de l'écriture de la propre main de celui qui s'engageait. Celui qui ne savait pas écrire, ou qui savait *paucas litteras* (Nov. 73, ch. VIII), devait faire rédiger par autrui ses conventions en présence de témoins, qui attestaient la fidélité de la rédaction.

664. En France, nous avons vu (n° 485) que, jusqu'au seizième siècle, les actes publics eux-mêmes n'étaient pas signés, mais revêtus d'un sceau. Dumoulin admet encore pour les actes privés (*Comm. sur la cout. de Paris*, tit. *Des fiefs*, § 8, n°s 13 et 14), que le sceau peut valoir sans signature, pourvu qu'il soit constant que le sceau a été bien apposé par celui qui s'engage. La nécessité absolue de la signature paraît n'avoir prévalu que dans le siècle suivant. L'usage de remplacer la signature par l'apposition d'un sceau en présence de témoins s'était même conservé dans le Luxembourg et dans la Toscane, jusqu'à la réunion momentanée de ces pays à la France[1]. (Merlin, *Répert.*, v° SIGNATURE, § 1, n° 8.) Il est facile de reconnaître combien la pratique de la signature est préférable à celle du sceau, dont l'usage frauduleux n'exige point du faussaire des connaissances spéciales et difficiles, comme la fabrication des écritures, et devient impossible à constater, s'il a eu lieu

[1] « Le cachet, *tabab*, pour les Arabes », dit le général Daumas (*La vie arabe*, p. 61), « remplace la signature. Ce peuple en est encore au temps « où nos ancêtres déclaraient ne pas savoir signer en leur qualité de gen- « tilshommes. Le gentilhomme arabe, même lettré, est toujours accompagné « d'un secrétaire, *khodja*, chargé de sa correspondance ; quant à lui, son « rôle se borne à opposer son cachet sur la lettre quand elle est écrite. »

secrètement, puisque l'empreinte est toujours identique.

665. En Angleterre (voy. Blackstone, liv. II, ch. xx), la formalité du sceau est encore la seule qui soit requise en général dans les actes privés, dont la formule porte : *scellé et délivré*. La signature est en outre exigée par le 29e statut de Charles II (ch. III), pour les conventions les plus importantes, telles que les ventes d'immeubles[1]. On a recours d'ailleurs, pour constater ce qui se passe lors de la confection des actes, au même expédient qu'on employait dans la législation romaine, à l'assistance de témoins[2]. Mais ce témoignage, utile pour la preuve, n'est pas de l'essence de l'acte. Depuis Henri VIII, lorsque les témoins sont appelés, ils doivent signer au bas ou au dos de l'écrit. Enfin il est de principe que lorsqu'un acte est signé par des témoins, les mêmes témoins déposent pour en certifier l'existence. Quand s'agit d'établir cette existence, la preuve testimoniale est toujours celle qu'on invoque de préférence ; on n'emploie la vérification d'écritures qu'à la dernière extrémité. C'est le système de la Novelle 73. (Voy. Blaxland, *Cod. rer. Angl.*, pag. 492.) Toutefois, ce qu'il y a de particulier à la législation anglaise, c'est qu'au bout de trente ans, les témoins étant présumés décédés, l'acte se prouve lui-même. (N° 511.)

666. Le Code sarde, prévoyant le cas où les contractants ne savent ni lire ni écrire, leur permettait de rédiger un acte sous seing privé en apposant une marque[3] en pré-

[1] « *Signing*, dit Philipps (liv. I, part. I, chap. VIII, sect. 1), is not « essential part of a deed in common law ; but it has been required in « some cases by act of parliament... *Sealing* is essential to a deed. » Les *deeds* sont des écrits destinés à constater les conventions, rédigés soit par les parties, soit par des *attorneys*. (N° 464.) Ils doivent, pour être parfaitement réguliers, contenir les noms et qualités des parties, la cause et l'objet de la convention, etc., être écrits sur papier ou parchemin timbré, et être revêtus de la signature et du sceau, tant des parties que des témoins.

[2] Depuis Richard Cœur de lion, le roi est son propre témoin. (*Teste me ipso.*)

[3] L'usage d'apposer ainsi une marque, ordinairement une croix, assez

sence de témoins. (Art. 1433.) La marque était vérifiée en justice, comme le serait l'écriture [1]. (*Ibid.*, art. 1428, 1429.) Mais ce procédé, encore suivi en Autriche (Cod. civ., art. 886), ne se retrouve plus dans le Code italien de 1866.

667. En Prusse, autrefois, d'après le Code prussien (part. Ire, tit. V, art. 171), on ne s'en rapportait pas même à l'attestation du notaire, en ce qui touchait les aveugles, les sourds-muets et les illettrés; ces personnes ne pouvaient contracter que devant le tribunal. Ce n'était là, du reste, qu'une des applications de cette tutelle judiciaire des incapables, qui joue un si grand rôle dans les législations germaniques. Mais une loi du 11 juillet 1843 y a réorganisé le notariat sur la base de notre loi de ventôse.

668. Une distinction fondamentale entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, c'est que l'apparence seule d'un acte authentique prouve l'authenticité, *acta probant se ipsa*, suivant l'énergique expression de Dumoulin; tandis que l'écriture privée, que l'on prétend émanée d'une partie, ne fait foi qu'autant qu'elle est reconnue ou vérifiée en justice. Mais, pour suivre une marche semblable à celle que nous avons adoptée en ce qui touche les actes authentiques, nous allons supposer d'abord la sincérité de l'acte à l'abri

fréquent encore dans les campagnes, et qui peut dénoter le consentement, lorsqu'il est établi que la marque n'a été apposée qu'en connaissance de cause, est déjà consacré dans le droit de Justinien. (L. ult., § 2, Cod., *De jur. delib.*) Cet empereur, supposant que l'héritier qui dresse un inventaire ne sait pas écrire, veut alors qu'on appelle un tabellion pour écrire en sa place; *venerabili signo antea manu heredis præposito*. Les Anglo-Saxons faisaient également usage de la croix; l'usage du sceau a été importé en Angleterre par les Normands, puisque la plus ancienne charte scellée est d'Édouard le Confesseur, qui avait été élevé en Normandie. (Blackstone, même ch. xx, n° 8.)

[1] Il est vrai que le Code sarde (art. 1412), comme aujourd'hui le Code italien (voy. n° 465), imposait à toute personne la rédaction authentique pour les conventions d'une certaine importance : ce qui atténue le danger que peut présenter la prérogative, accordée à de simples témoins, de certifier ainsi la présence et le consentement des parties.

de toute controverse, et, dans cette supposition, examiner à quelles conditions il peut faire foi. Nous nous demanderons ensuite comment on procède dans la pratique pour établir la sincérité de l'acte, lorsqu'elle est contestée, c'est-à-dire pour *vérifier les écritures*.

PREMIÈRE DIVISION.

FOI DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

SOMMAIRE. — 669. Foi de l'acte, soit entre les parties, soit vis-à-vis des tiers.

669. L'acte authentique, sauf ce qui touche les contre-lettres, a la même autorité à l'égard des tiers qu'entre les parties contractantes. Nul n'est reçu, s'il ne prend la voie pénible et difficile de l'inscription de faux, à contester la vérité des déclarations de l'officier rédacteur. Les écritures privées, en les supposant sincères, sont bien aussi, dans notre législation, des preuves légales. Mais cette preuve est susceptible en quelque sorte de deux degrés. Certaines conditions suffisent pour la validité de l'acte sous seing privé entre les parties contractantes. Mais, à l'égard des tiers, l'expérience a fait sentir le danger des antidates, si faciles à pratiquer et si difficiles à reconnaître. L'aveu écrit ne peut donc faire foi complète sous ce dernier rapport, en l'absence de certaines conditions qui le mettent à l'abri de tout soupçon de fraude. On voit que la forme et la foi de l'acte sont ici intimement unies; nous traiterons donc simultanément des formalités requises et de la foi qui s'attache à l'acte revêtu de ces formalités, d'abord entre les parties, puis vis-à-vis des tiers.

§ 1. FOI ENTRE LES PARTIES.

SOMMAIRE. — 670. Signature essentielle. Utilité de la date. — 671. Validité du blanc seing. Peine contre l'abus du blanc seing. — 672. Peut-on prouver par témoins la remise du blanc seing? — 673. Nécessité du *bon* ou *approuvé*. — 674. A quels actes elle s'applique. — 675. A quels objets. — 676. Quand il y a exception à cette règle. — 677. Cas où il y a divergence entre l'*approuvé* et le corps de l'acte. — 678. Valeur du billet non approuvé. — 679. Absence de mention de la cause. — 680. Qui doit faire la preuve dans cette hypothèse. Droit romain. — 681. Discussion de la question dans notre droit. — 682. Réfutation de l'opinion intermédiaire. — 683. Preuve des conventions synallagmatiques. *Charte-partie. Actes dentelés.* — 684. Origine de la théorie des doubles. — 685. Comment cette théorie est formulée par le Code. — 686. Effet de l'exécution. — 687. Pays où cette théorie a été introduite. — 688. L'écrit non fait double peut-il servir de commencement de preuve? — 689. Preuve de la convention en dehors de l'acte. — 690. Quel doit être le nombre des originaux. — 691. Ce qu'il faut entendre par contrats *synallagmatiques*. — 692. La théorie des doubles étrangère aux tiers. — 693. Est-elle applicable en matière de commerce? — 694. Correspondance en matière commerciale. *Quid* en matière ordinaire?

670. La seule condition ordinairement exigée entre les contractants, c'est la signature de la partie qui s'engage. Cette règle, qui remonte au droit romain (Just., *Inst.*, pr., *De empt. vendit.*), a passé dans nos anciens usages. *Subscriptio operatur*, dit la Rote de Gênes. (Déc. 126, n° 6), *ac si tota scriptura esset manu subscribentis.*

La signature ne peut pas être remplacée par une croix; il en a été ainsi depuis la promulgation de l'ordonnance de 1667, même dans les pays où l'usage local consacrait cette pratique. (Rej., 10 thermidor an XII.) Les marques ou croix, ne constituant point une écriture susceptible d'être reconnue, ne peuvent pas même servir de commencement de preuve par écrit. (Bruxelles, 27 janvier 1807.) Mais, en matière commerciale, les simples présomptions étant admissibles, nous adoptons avec M. Massé (*Droit commercial*, tom. VI, n° 34) l'opinion de Casaregis (Disc. X, n° 115), qui ne repousse point d'une manière absolue un connaissement qu'un capitaine illettré n'avait signé que d'une croix : *Apocha oneratoria subscripta ab aliquo, soloque crucis signo apposito per patronum scribendi ignarum, non probat, nisi aliis conjecturis comprobetur.*

Mais il n'est pas indispensable que la signature de l'auteur de l'acte soit conforme à son acte de naissance, pourvu que les nom et prénoms soient ceux sous lesquels il est connu : c'est ainsi que l'on a jugé valable le testament d'un évêque, signé d'une croix, des initiales de ses prénoms et du nom de son évêché. (Rej., 23 mars 1824; Bourges, 19 août 1824.) La même difficulté, soulevée dans l'ancienne jurisprudence à l'égard du testament de Massillon, s'était terminée par une transaction. Il y avait plus de doute alors, à raison de l'article 211 de l'ordonnance de 1629, qui ordonnait, à peine de nullité, de signer tous les actes et contrats du nom de famille et non de celui des seigneuries; mais cette ordonnance, enregistrée dans un lit de justice, était peu observée par les parlements. Dans le droit intermédiaire, les lois des 19 juin 1790 et 6 fructidor an II ont également prescrit d'employer le vrai nom de famille, mais sans ajouter la sanction de nullité. La loi du 28 mai 1858, en punissant de peines correctionnelles le changement ou l'altération des noms qu'assignent à chacun les documents de l'état civil, n'infirme en rien la validité des actes dans lesquels auraient été commis ce changement ou cette altération.

La date n'est pas requise; ce qui était vrai à Rome (Scæv., L. 34, § 1, D., *De pign.*), même à l'égard des tiers, mais ce qui n'est plus vrai chez nous que dans les rapports des parties entre elles. Toutefois, même sous ce point de vue, si la date n'est pas nécessaire, il serait souverainement imprudent de ne pas l'insérer; car le signataire peut avoir été incapable, et comment constater alors que l'écrit a été signé à une époque de capacité? Le demandeur serait chargé de la preuve, qu'il lui serait peut-être impossible d'administrer. Si, au contraire, il y a une date, elle sera réputée véritable : c'est-à-dire que le souscripteur ne pourra pas

dénier purement et simplement la date, ainsi que le ferait un tiers. Mais il est permis de constater la date d'un écrit sous seing privé sans prendre la voie de l'inscription de faux; cet écrit diffère de l'acte authentique en ce qu'il ne fait foi de sa date, même entre les parties, que jusqu'à preuve contraire. Il est toujours loisible au tribunal de constater la date réelle en connaissance de cause. (Rej., 19 janvier 1814.)

671. Puisque la loi n'exige que la signature de celui qui veut s'engager, on peut donner cette signature à l'avance, en laissant en blanc un espace qui doit être rempli par le mandataire, suivant les intentions du mandant. C'est ce qu'on appelle un *blanc seing* : pratique qui peut être dangereuse, mais qui n'a rien en soi de répréhensible. Il y a eu, à la vérité, jusque dans le dernier siècle (Merlin, *Répert.*, v° BLANC SEING), des arrêts qui ont déclaré nuls des blancs seings non ratifiés, tandis que d'autres décisions en maintenaient la validité. Mais aujourd'hui, indépendamment du principe général qui ne permet pas de faire revivre d'anciennes prohibitions relatives à des matières réglées par le Code civil, nos lois modernes ont reconnu implicitement, mais bien clairement, la validité des blancs seings, puisqu'elles en punissent l'abus. L'article 407 du Code pénal punit effectivement de peines correctionnelles « quiconque, « abusant d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura « frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou dé« charge, ou tout autre acte pouvant compromettre la per« sonne ou la fortune du signataire. »

Remarquons qu'il y a au fond, dans tout abus de blanc seing, une sorte de faux intellectuel, puisque le mandataire écrit autre chose que ce que le mandant entendait signer; de même qu'un notaire commet un faux, lorsqu'il écrit dans un testament des dispositions qui ne lui ont pas été

dictées. Mais les mêmes motifs qui font dégénérer le vol en abus de confiance, lorsque le propriétaire avait remis lui-même la chose entre les mains de celui qui l'a détournée, d'un dépositaire, par exemple, font qu'il n'y a pas faux lorsque le blanc seing a été volontairement confié à la personne qui en a abusé, le mandant ayant pu prévoir l'abus d'un pouvoir illimité en fait, bien que limité dans l'intention des parties. Il en serait autrement, aux termes du même article 407, si le blanc seing n'avait pas été confié à celui qui l'a rempli; il y aurait alors un véritable faux, passible de la réclusion. C'est qu'alors il n'y aurait plus eu un simple abus de confiance, mais une véritable fabrication d'écritures; car, l'écrit faisant corps avec la signature, peu importe que je fabrique le billet tout entier ou que j'adapte après coup des dispositions à une signature que vous n'avez jamais eu l'intention de me confier. Cette distinction, constante en jurisprudence, a été nettement formulée par le législateur même, dans l'exposé des motifs du Code pénal. C'est avec raison que la Cour de cassation considère comme n'ayant pas confié le blanc seing celui qui ne l'avait remis que comme adresse, comme souvenir, ou dans l'intention de souscrire un acte qui ne l'obligeait pas, tel qu'une pétition. (Cass., 22 octobre 1812 et 2 juillet 1829.) A plus forte raison y aurait-il faux, et non pas simple abus de blanc seing, dans le fait de celui qui aurait fait signer en blanc un acte de vente, en le présentant comme un acte de partage. (Rej., 13 avril 1837.) Enfin, la Cour de cassation a eu à statuer, par voie de règlement de juges, le 20 septembre 1855, sur l'hypothèse singulière où, un individu ne sachant ni lire ni écrire, on lui avait guidé la main et fait écrire un bon pour une somme, lorsqu'il croyait donner seulement sa signature au bas d'un papier en blanc. Elle a décidé qu'il n'y avait point là abus de blanc seing, le papier n'ayant pas

été confié au prévenu, mais une *fabrication d'obligation* par la plume même du prétendu obligé, passible des peines du faux, aux termes de l'article 147 du Code pénal.

672. Si l'on est d'accord sur les éléments constitutifs du délit de blanc seing, une question fort controversée est celle de savoir si le fait même de la remise du blanc seing est susceptible d'être établi au moyen de la preuve testimoniale. La Cour de cassation (18 janvier et 5 mai 1831), assimilant la remise volontaire du blanc seing à un dépôt, a vu dans ce fait une convention qui doit être prouvée par écrit pour toute valeur supérieure à cent cinquante francs, suivant la doctrine aujourd'hui constante sur la preuve testimoniale devant les tribunaux criminels. (N° 225.) Cette jurisprudence a été vivement critiquée par plusieurs auteurs, qui prétendent que la remise d'un blanc seing n'est point une convention, et qu'exiger une preuve écrite, c'est entraver les relations d'affaires, où il est d'usage de confier un blanc seing à un commis sans exiger aucune constatation de cette remise. Nous ne pensons pas que ces objections soient fondées. La remise dont il s'agit est si bien un fait conventionnel, que c'est cette circonstance seule qui fait de l'acte du blanc seing un simple délit, puisque autrement il dégénérerait en un véritable faux. Qu'est-ce après tout que la remise d'un acte signé à l'avance et destiné à être rempli? Un mandat. Or, le mandat est soumis par le Code civil (art. 1986) aux règles du droit commun sur la preuve, règles qui ne s'appliquent point, du reste, au mandat commercial (Rej., 26 septembre 1861 et 22 avril 1864), ce qui répond à l'objection tirée des relations des patrons avec leurs commis. En dehors de ces relations, l'usage des blancs seings est souvent une grave imprudence, qu'il ne convient point d'encourager en s'écartant des règles ordinaires sur la preuve. Il faut observer toutefois que, d'après

les principes généraux, il est permis de combattre la sincérité des énonciations du blanc seing au moyen de présomptions graves, appuyées d'un commencement de preuve par écrit. (Rej., 5 avril 1864.)

673. Pour en revenir au droit civil, si, dans la doctrine qui a prévalu, les blancs seings ont été généralement autorisés, le danger qu'ils présentent a dû appeler, dans certains cas, l'attention du législateur. De nombreuses fraudes pratiquées au commencement du dernier siècle, soit au moyen de blancs seings, soit au moyen de signatures surprises après coup, ont donné lieu aux déclarations du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733, dont la substance est reproduite par l'article 1326 du Code civil : « Le billet « ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule « partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'ar- « gent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier « de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut « qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un « *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quan- « tité de la chose. »

Il est à remarquer que le même motif a dicté le § 122 du Code de procédure d'Autriche, aux termes duquel le billet constatant un prêt de quantités doit être écrit en entier de la main du débiteur, à moins que sa signature ne soit corroborée par la signature de deux témoins irréprochables.

674. La disposition de l'art. 1326 ne s'applique qu'aux actes *où une seule partie s'engage*, c'est-à-dire aux actes unilatéraux; car un acte peut être unilatéral, bien que souscrit par plusieurs débiteurs. C'est donc bien mal à propos que les Cours de Paris et de Douai avaient déclaré valable, quant à la femme, le billet non approuvé par lequel une femme s'obligeait solidairement avec son mari. Aussi leurs décisions ont-elles été cassées le 8 août 1815 et le 6 mai 1816.

675. La déclaration de 1733 ne parlait que des *valeurs en argent*. Le Code ajoute *ou une chose appréciable*. Ces expressions sont expliquées par ce qui suit : la somme ou la *quantité* de la chose. Il s'agit donc d'une obligation de quantités, c'est-à-dire de denrées, de marchandises, que l'on s'engage à livrer au porteur du billet. L'obligation de transférer un corps certain est en dehors des prescriptions de la loi. L'expérience a fait reconnaître que le danger était surtout dans l'extorsion de billets, qui donnent au prétendu créancier le droit de réclamer de l'argent ou des valeurs facilement réalisables. La prescription du Code est-elle applicable, lorsqu'il s'agit d'une valeur indéterminée, par exemple, du cautionnement donné à l'avance pour les effets que souscrira telle personne? L'affirmative a été jugée par plusieurs arrêts. (Paris, 24 mai 1855; Orléans, 24 décembre 1864.) Mais nous pensons que, lorsqu'il s'agit d'une valeur indéterminée, une surprise sur le chiffre de la dette n'est plus à craindre, et que dès lors le bon ou approuvé, ne portant sur rien de précis, n'est prescrit ni par la lettre ni par l'esprit de la loi. (Poitiers, 17 juin 1867; dans le même sens, Rej., 6 février 1861.) C'est à tort d'ailleurs que certains auteurs ont accusé le législateur d'inconséquence en ce qu'il n'exige point en toute matière le bon ou approuvé; il n'a voulu atteindre que les fraudes les plus fréquentes dans la pratique, parce qu'elles étaient les plus difficiles à prouver et les plus lucratives.

676. Un reproche plus fondé, mais qu'il était peut-être impossible d'éviter, c'est qu'aujourd'hui, comme sous la déclaration de 1733, la nécessité du *bon* ou *approuvé* ne s'applique pas aux personnes qui ont le plus besoin de la protection de la loi, aux marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée ou de service. (C. civ., art. 1326.) Ces personnes savent souvent signer sans savoir écrire, et

exiger quelque chose de plus que leur signature, c'eût été les obliger de recourir au notaire pour les actes les plus simples. Mais ces exceptions, motivées par les besoins du commerce, doivent cesser avec la cause qui y donnait lieu. Il est donc impossible d'approuver un arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1808, qui dispense de la formalité de l'approbation les billets souscrits par un *ex-maçon*, comme si la qualité de maçon pouvait survivre à l'exercice de cette industrie. Aussi la Cour de Caen a-t-elle déclaré avec raison (le 15 décembre 1824) soumis à la règle ordinaire les billets souscrits par un ancien cordonnier.

Le commerçant est d'ailleurs dispensé de la formalité du bon ou approuvé, même lorsqu'il signe un acte purement civil : ce qu'a décidé la Cour de cassation (Rej., 30 juillet 1868) pour un reçu de quatre actions du chemin de fer de Lyon, donné par un marchand de chocolat.

A l'inverse, un acte commercial en la forme, bien que souscrit par un non-commerçant, ne tombe pas sous l'application de l'article 1326. Autrement, le Code de commerce aurait établi des formes spéciales pour les lettres de change souscrites par de simples particuliers. C'est ce qu'a jugé, sous l'empire de la déclaration de 1733, la Cour de cassation (Rej., 10 messidor an XI), et, quant à la législation moderne, la Cour de Montpellier, le 20 janvier 1835. Celui qui souscrit un acte de cette nature est, pour ainsi dire, momentanément commerçant, puisqu'il se soumet à la juridiction commerciale et même à la contrainte par corps, avant l'abolition prononcée en 1867. Mais il y a plus de difficulté pour les billets à ordre souscrits par des non-commerçants, billets qui ont bien la forme commerciale, mais qui n'entraînent qu'accidentellement la compétence des tribunaux de commerce. La jurisprudence établit une distinction exacte entre le corps même du billet à ordre, qui

doit être revêtu du *bon* ou *approuvé*, et l'endossement, qui, n'étant qu'une cession de valeurs où se trouve contenue implicitement une obligation de garantie, ne constitue point une *promesse de payer*. Deux arrêts de cassation (du 7 thermidor an XI[1] et du 27 janvier 1812) ont également annulé comme contraires à la loi la décision qui dispensait de cette formalité le non-négociant souscripteur d'un billet à ordre, et la décision qui voulait y soumettre les endosseurs non négociants.

677. La somme mentionnée dans l'approbation peut différer de celle qui est exprimée au corps de l'acte. (*Ibid.*, art. 1327.) Le Code, consacrant la doctrine de Pothier (*Oblig.*, nos 746 et 747), veut qu'on s'attache toujours à la somme moindre. Si c'est le chiffre porté dans l'approbation qui est supérieur, on suppose qu'il y a eu erreur dans cette approbation; si, au contraire, il est inférieur, on suppose que le débiteur a voulu restreindre l'étendue de son engagement. Ce n'est là néanmoins qu'une règle subsidiaire d'interprétation. Toutes les fois que les éléments de la cause, par exemple, un calcul arithmétique, permettront de reconnaître quel est le véritable chiffre, il faudra s'y attacher, fût-il de beaucoup le plus fort. (Même art. 1327.)

678. L'omission de la précaution exigée pour la régularité du billet ne peut annuler la convention dont ce billet est la preuve, si cette convention peut être établie par d'autres moyens, notamment par l'aveu et par le serment. Cette opinion pouvait être soutenue, même sous l'empire de la déclaration de 1733, qui voulait que les billets de cette nature fussent nuls et de nul effet. Il était raisonnable d'ad-

[1] Cet arrêt a été rendu sous l'empire de la déclaration de 1733, qui avait prévu formellement le billet à ordre; mais, ainsi que l'a reconnu Merlin dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt de 1822 (*Répert.*, v° BILLET A ORDRE, § 1er, n° 5), la doctrine du Code sur ce point est absolument la même.

mettre que, les termes de la loi ne s'appliquant qu'au billet, la convention même n'était point frappée d'une présomption absolue de fraude, et qu'il n'était point interdit de la prouver, abstraction faite de ce billet. C'est du moins ce qu'avait décidé, par un arrêt du 5 juillet 1748, le parlement de Paris, moins sévère en cette matière qu'il ne l'a été, ainsi que nous le verrons bientôt, relativement à la théorie des doubles : décision en harmonie avec la disposition finale de la déclaration de 1733, ainsi conçue : « Voulons néanmoins « que celui qui refusera de payer le contenu auxdits billets « ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu « la valeur. » Si le Code ne s'exprime point dans les mêmes termes, c'est qu'il n'avait point dit, comme la déclaration : *Le billet doit être écrit de la main*, etc., et que dès lors il n'y avait point de motif aujourd'hui pour argüer de nullité la convention. En fait, la raison et l'expérience attestent que le défaut d'approbation peut aussi bien être le résultat d'une inadvertance que celui de la fraude. On pourra donc établir l'existence de la convention unilatérale par l'aveu, par le serment, ou même par la preuve testimoniale, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs.

Mais ne faut-il pas aller plus loin, et, puisque le billet même n'est point frappé de nullité par la loi moderne, y voir un commencement de preuve par écrit, et admettre dès lors la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur, afin de constater la cause réelle de l'engagement? Le billet non approuvé est, en effet, par lui-même de nature à rendre vraisemblable le fait allégué. (C. civ., art. 1347.) La fraude est possible, sans doute; mais, si elle existe, elle ressortira de l'enquête que les juges n'ordonneront d'ailleurs qu'en connaissance de cause; si elle n'existait pas, au contraire, ne serait-il pas souverainement injuste de déclarer le billet de nul effet, à raison d'une simple inadvertance? C'est ce

qu'avait jugé, malgré les termes de la déclaration, le Parlement de Paris par l'arrêt du 5 juillet 1748. Le système rigoureux établi en 1733 tenait à une réaction contre des abus tout récents. Sous l'empire du Code, la jurisprudence, qui semblait se prononcer d'abord pour l'avis le plus sévère, est aujourd'hui fixée dans le sens de l'opinion des auteurs les plus exacts; elle considère le billet non approuvé comme pouvant constituer un commencement de preuve par écrit. (Rej., 13 décembre 1853 et 10 janvier 1870.)

679. Une autre question qui s'élève sur la forme des écrits constatant une obligation unilatérale, c'est celle de savoir si ces écrits doivent régulièrement mentionner la cause pour laquelle ils ont été souscrits, de manière qu'en l'absence de cette mention, ce soit au créancier à prouver l'existence de la cause; ou bien s'ils font foi complète malgré l'absence de cette mention, sauf au débiteur à prouver qu'il n'y a pas effectivement de cause de l'obligation. En pure théorie, cette question pourrait s'élever aussi bien à propos d'un acte notarié qu'à propos d'un simple billet. Mais, dans la pratique, il ne peut guère arriver qu'un acte authentique ne mentionne pas formellement la cause pour laquelle le débiteur s'oblige. Nous sommes donc fondé à considérer la question comme spéciale, en fait, aux actes sous seing privé. Elle devrait d'ailleurs recevoir la même solution, s'il s'agissait d'un acte authentique.

680. Ceux qui pensent que c'est au créancier à prouver la cause, lorsqu'elle n'est pas énoncée dans le billet, invoquent en leur faveur l'autorité du droit romain. Ils ne peuvent cependant se fonder sur les formes habituellement usitées à Rome pour contracter une obligation unilatérale. La manière même dont est conçue la *stipulation*, qui constate le plus souvent les engagements de cette nature : *Centum dare spondes? — Spondeo;* exclut évidemment la

nécessité d'une pareille mention. Quiconque était régulièrement obligé, était censé ne s'être pas obligé sans cause. Mais le droit prétorien permettait au défendeur d'alléguer l'exception *non numeratæ pecuniæ :* exception dans laquelle, par des motifs tout particuliers, ainsi que nous l'avons vu (n° 46), on rejetait sur le demandeur le fardeau de la preuve. Cette interversion des rôles ne tenait pas néanmoins à la circonstance que la cause n'avait pas été mentionnée, mais à une présomption de fraude, qui subsistait en présence même de cette mention, du moins jusqu'à Justin. Ce fut cet empereur qui voulut le premier que la mention de la cause rétablît la présomption en faveur du créancier. « Generaliter sancimus (L. 13, Cod., *De non num. pec.*) ut, « si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis, « ex antecedente causa descendentibus, eamque causam « specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ « probationem stipulatorem exigere, cum suis confessio- « nibus acquiescere debeat : nisi certe ipse e contrario per « apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem « judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, « et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecu- « tum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua « quisque voce dilucide protestatus est, id in eamdem cau- « sam infirmare, testimonioque proprio resistere. » C'est à cette législation qu'appartient le texte si souvent cité, qui est inscrit sous le nom de Paul au Digeste, dans la loi 25, § 4, *De probationibus :* « Sin autem cautio indebite exposita « esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem « cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, « quod in cautionem deduxit : nisi ipse specialiter, qui cau- « tionem exposuit, causas explanavit pro quibus eamdem « conscripsit : tunc enim stare eum oportet suæ confes- « sioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis

« ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse. »

Le style de ce texte indique évidemment une interpolation. Les expressions : *cautio indebite exposita, indiscrete loquitur, indebite promisisse,* etc., appartiennent à la langue du Bas-Empire. La distinction à laquelle on prétend que Paul fait allusion, entre le cas où la cause est exprimée et celui où le billet *indiscrete loquitur,* est présentée par Justin, ainsi que nous venons de le voir, comme une innovation. Enfin, la restriction qui exige des preuves écrites, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis,* est tout à fait étrangère à l'époque des jurisconsultes classiques, et a été évidemment insérée après coup dans le texte. Le prétendu fragment de Paul n'est donc qu'une seconde édition de la constitution de Justin. Or, cette constitution n'était elle-même qu'un tempérament apporté au principe exceptionnel, qui autorise celui qui allègue l'exception *non numeratæ pecuniæ,* à rejeter la preuve sur l'adversaire. Chez nous, ce principe exceptionnel (n° 46) n'existe plus depuis longtemps[1] : « Exception d'argent non nombré n'a point de lieu », dit Loisel. (*Instit. cout.,* liv. V, tit II, § 6.) Il n'était utile de mentionner la cause que pour éviter l'intervention des rôles qu'entraînait cette ancienne exception, qui tendait, suivant les expressions de la coutume du Berry (tit. II, art. 31), à « charger de preuve le demandeur qui a une obligation ou « cédule reconnue. » L'exception *non numeratæ pecuniæ* ayant disparu de notre droit coutumier, la modification apportée au principe a dû disparaître avec le principe lui-même[2].

[1] Beaumanoir (ch. XXXVI, n° 22) semble pourtant obliger le créancier à faire la preuve de la cause non mentionnée dans l'écrit : « Le letre qui dist « que je doi deniers et ne fet pas mention de quoi je les doi, est souspe- « chonneuse cose de malice, et quant tele lettre vient en cort, si doit savoir « li juge le cose dont tele dete vint, avant qu'il le face paier. »

[2] L'exception *non numeratæ pecuniæ* avait été momentanément rétablie à l'égard des juifs par l'article 4 du décret du 17 mai 1808, ainsi conçu :

681. Le Code civil, au chapitre de la preuve des obligations, est muet en ce qui concerne la constatation de la cause. Mais plus haut, dans la section où il traite spécialement de la cause, on lit (art. 1132) : « La convention n'est « pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée. » Cet article veut-il dire que la validité de la convention n'est pas subordonnée à l'expression de la cause? Mais quel doute sérieux pouvait s'élever sur ce point? La validité de la convention n'est pas même subordonnée à l'existence du billet, qui n'en est que la preuve. Les expressions du législateur, pour avoir un sens, doivent s'entendre de la validité de l'acte qui prouve la convention. Lorsqu'il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, la mention de la cause est exigée par le Code de commerce (art. 110 et 188) pour la validité de l'effet. Il est vrai qu'on avait tenté autrefois (arr. du parl. de Paris, du 13 février 1511) d'introduire la même exigence dans la pratique pour les simples billets; mais cette opinion n'avait point prévalu, et dès le temps de Boiceau (liv. II, chap. III), la question qu'on posait en définitive était celle de savoir si la cause devait ou non se présumer[1]. Déjà la question avait été résolue affirmativement par des arrêts de 1567 et de 1582, et l'avocat général Denain disait au Parlement de Paris, le 20 juillet 1706 : « Par notre usage, tout homme qui a signé une promesse « volontairement, *sine metu et sine dolo,* est lié naturellement « et civilement, et est astreint, par sa signature, à remplir « son obligation, indépendamment du défaut d'expression

« Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrite par un de nos sujets non commerçants au profit d'un juif, ne pourra être exigée, sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude. »

[1] Ce qui prouve bien que le billet sans mention de la cause n'était point nul, c'est qu'on prenait, pour le faire tomber, des lettres de rescision : *nonnulli rescripto restitutorio uti solent,* dit Boiceau (loc. cit.).

« de la cause. » C'est évidemment cette doctrine, la seule qui pût faire question dans notre siècle, qu'ont entendu consacrer les rédacteurs du Code. La validité du titre n'est autre chose que la foi, jusqu'à preuve contraire, en faveur du créancier. La discussion du Conseil d'État, bien qu'assez confuse, a porté explicitement sur la force probante du billet. C'est donc à cette force que l'article 1132 fait allusion. Cette présomption est, du reste, en harmonie avec le principe rappelé par l'avocat général Denain, que le dol ou l'erreur ne se présument pas, et que dès lors quiconque signe un engagement est présumé l'avoir signé sciemment, tant que le contraire n'apparaisse. Il est vrai qu'on se retranche sur la prétendue impossibilité où se trouve le débiteur de prouver une proposition négative. Mais nous ne pouvons que nous référer ici aux développements que nous avons donnés (nos 39 et suiv.) en traitant spécialement ce point; sans oublier le tempérament que nous avons indiqué dans l'application, lequel consiste à obliger le créancier, non à prouver la cause, mais à l'indiquer, afin que le débiteur puisse établir qu'elle n'existe pas. Quant à la faculté de dissimuler ainsi l'existence d'une cause illicite, il est facile de répondre qu'en fait, les causes de cette nature se révélent facilement, et que les tribunaux ont toujours un pouvoir discrétionnaire pour déclarer l'obligation nulle ou pour en réduire le montant, ainsi que l'a fait la Cour de Bordeaux, le 17 décembre 1849[1].

682. Il existe une opinion intermédiaire, puisée dans certains arrêts de nos anciens Parlements, rappelée dans la discussion du Conseil d'État, et admise encore aujourd'hui par des auteurs graves. Suivant cette opinion, dont la première trace se retrouve dans le commentaire de Danty sur

[1] Cette doctrine est consacrée par le Code italien (art. 1121) : « La cause est présumée exister tant que le contraire n'est pas prouvé. »

Boiceau (addit. sur le chap. III du liv. II), il faudrait distinguer entre le cas où le souscripteur du billet aurait dit : *Je reconnais devoir,* reconnaissance qui impliquerait l'aveu d'une cause, et le cas où il aurait dit : *Je promets payer,* ce qui n'indiquerait pas aussi clairement l'existence d'une dette. Ce serait seulement dans ce dernier cas, ou dans d'autres analogues, que la preuve incomberait au créancier. Mais Danty convient que plusieurs auteurs rejetaient cette distinction, et elle n'était nullement admise par Boiceau, qui emploie précisément les expressions : *Fateor me debere,* pour indiquer l'hypothèse où l'écriture n'est pas *causée,* s'il est permis d'employer le langage barbare de la pratique. Mais, quelle que soit l'autorité qui a imaginé cette distinction, il faut avouer qu'elle est bien frivole. Est-ce que celui qui promet payer, ne reconnaît pas virtuellement devoir? et celui qui reconnaît devoir, veut-il après tout faire autre chose que s'engager à payer? Ou bien la mention est nécessaire, et alors confesser la dette, ce n'est nullement en exprimer la cause; ou bien la mention est superflue, et alors les deux formules, *je reconnais devoir* et *je promets payer,* ont une valeur identique. Suivie par de nombreux arrêts de Cours d'appel, la doctrine qui met le fardeau de la preuve à la charge du débiteur a été consacrée *in terminis* par un arrêt de cassation du 16 août 1848. Aux termes de cet arrêt, il résulte de l'article 1132 « que, bien que la cause « ne soit pas exprimée dans une obligation, il y a présomp- « tion qu'elle existe et qu'elle est vraie et licite, à moins « que le contraire ne soit prouvé; qu'il suit de là que, si « celui contre lequel l'exécution d'une telle obligation est « poursuivie prétend qu'il y a défaut de cause, ou cause « fausse ou illicite, c'est à lui d'en fournir la preuve. » Il s'agissait, dans l'espèce, d'un billet portant, non *je reconnais devoir,* mais *je payerai.* (Voy. dans le même sens une disser-

tation spéciale de M. Dejaër, dans la *Revue étrangère et française*, tom. VIII, p. 929.)

En consacrant de nouveau cette doctrine, un arrêt de rejet du 9 février 1864 ajoute cependant, ce qui est généralement admis dans la doctrine, que « si le titre énonce une cause « reconnue fausse, le prétendu débiteur, en prouvant que « cette cause n'existe pas, a satisfait à tout ce qu'on pouvait « exiger de lui. Sans doute l'obligation alléguée demeure « valable, malgré l'énonciation d'une fausse cause, si elle « a une cause réelle et licite; mais c'est au bénéficiaire à « prouver que cette cause existe, et faute par lui de faire « cette preuve, la fausseté de la cause exprimée enlève « tout effet à l'obligation. »

683. Passons maintenant à la preuve par acte sous seing privé des conventions synallagmatiques.

Bien avant le dix-huitième siècle, on avait reconnu que, lorsque les deux contractants sont à la fois créanciers et débiteurs, il convient de faire l'acte double, pour donner à chacun d'eux le moyen de constater la convention. La *charte-partie*, par laquelle on établissait jadis l'affrétement des navires, et dont le nom se retrouve encore dans notre Code de commerce (art. 273), était un acte rédigé sur une feuille de papier ou de parchemin, dont chacune des parties gardait la moitié; les deux moitiés étaient ensuite rapprochées, lorsqu'il s'agissait de demander l'exécution du contrat. Cette pratique serait vicieuse si l'acte n'était pas écrit en entier sur chaque moitié; car, si l'une des moitiés de l'acte était supprimée par la partie qui l'aurait en sa possession, il deviendrait fort difficile de prouver le contenu de l'écrit à l'aide de l'autre moitié seulement. Il faut mettre à la disposition de chacune des parties un original complet, et cette pratique est la seule usitée depuis longtemps. En Angleterre, on a nommé *actes dentelés* les écrits faits en

autant de doubles qu'il y a de contractants. On place ces doubles les uns sur les autres, et on les coupe sur le sommet ou sur le côté en forme de dents correspondantes, afin d'en vérifier aisément l'identité. L'acte qui constate un engagement unilatéral est nommé par opposition *acte tondu* ou *rasé*, ou bien *acte simple*. (Blackstone, liv. II, ch. xx.) Mais la rédaction en double original n'est qu'une précaution dont l'omission ne peut compromettre la validité de l'écrit. (Blaxland, *Cod. rer. Angl.*, p. 493.) Il en est de même en Autriche.

684. Tel était aussi le droit de la France, avant qu'un arrêt du parlement de Paris eût, à la date du 30 août 1736[1], exigé, à peine de nullité, non-seulement que l'acte constatant une vente fût fait double, mais même qu'il mentionnât la circonstance de la rédaction en double original : car, dans l'espèce, les deux doubles étaient représentés, il n'y avait que la mention d'omise. Plusieurs arrêts conformes vinrent consolider cette doctrine, qui prévalut dans le ressort du parlement de Paris et dans quelques autres, mais qui fut repoussée par les parlements de Flandre et de Grenoble, comme confondant ce qui appartient au contrat avec ce qui n'est relatif qu'à la preuve. (Merlin, *Répert.*, v° DOUBLE ÉCRIT, n° 1 ; *Questions de droit*, eod. v°, § 1.) Il fallait avoir la manie, trop commune chez nous, de tout réglementer, pour transformer ainsi une mesure de précaution en une nécessité de droit.

Telle qu'elle était formulée alors, la théorie des doubles avait une rigueur tout à fait déraisonnable. Le parlement de Paris semble, en effet, si l'on en croit M. de Grainville

[1] Cette jurisprudence paraît toutefois avoir pris son origine au Châtelet, ce sanctuaire de la vieille pratique. « Quelques-uns de ces messieurs qui avaient servi au Châtelet attestèrent que ces principes y étaient invariablement suivis. » Telles sont les expressions de M. de Grainville, un des magistrats qui concoururent à l'arrêt de 1736.

(voir dans le *Répert.* de Merlin, v° DOUBLE ÉCRIT, ses développements à l'appui de l'arrêt de 1736), avoir confondu l'acte écrit avec la convention dont il est la preuve. « Un « acte est absolument nécessaire », dit-il, « pour établir « qu'il y a eu une convention entre les parties. Il est établi « par le principe naturel des engagements que, si l'acte est « sous seing privé, il doit être double quand il contient des « conventions réciproques : si l'une des parties ou toutes « les deux ont pu soustraire la preuve que l'acte a été fait « double, l'acte est nul et ne peut prouver qu'il y a eu une « convention; il n'a formé aucun engagement entre les « parties. » Mais où a-t-on vu qu'il fût défendu à l'un des contractants de se mettre à la merci de l'autre[1] ? Peut-on considérer comme une nullité la difficulté de fait qu'on éprouve à justifier d'une convention qui n'est pas établie par écrit? Même en admettant l'idée fondamentale de cette théorie, en supposant que l'écrit, pour être valable, doive pouvoir servir de titre à l'une comme à l'autre des parties, il est impossible de subordonner la validité intrinsèque de la convention à cette égalité de position entre les contractants.

M. de Grainville poursuit l'exposition de sa théorie, afin de justifier la nécessité absolue de la mention que l'acte a été fait double. « Il n'est pas difficile d'appliquer ces prin- « cipes au défaut d'énonciation de *fait double* dans les deux « actes. L'une ou l'autre des parties pouvait supprimer son « double; celui qui aurait voulu exécuter n'avait aucun « moyen pour prouver qu'il avait été fait double, et que par « conséquent l'engagement était obligatoire ou réciproque....

[1] C'est dans le même esprit que, de nos jours, certains arrêts (Angers, 27 août 1829; Lyon, 27 juin 1832) ont déclaré nulle une promesse unilatérale de vente, parce qu'il n'y avait pas lien de part et d'autre; comme s'il était nécessaire qu'un contrat, pour être valable, fût synallagmatique. (Voy. au contraire, Rej. 12 juillet 1847; Paris, 26 août 1847.)

« Il est vrai que les deux doubles étaient représentés ; mais « cette représentation ne rectifiait pas le défaut d'énoncia- « tion qu'ils avaient été faits doubles. Cette représentation « ne donnait point à l'acte le caractère qu'il n'avait pas. Il « était nul dans son principe, parce que ni l'un ni l'autre « de ces doubles ne donnait aux parties la preuve que la « convention était réciproque et par conséquent obligatoire. » Ce raisonnement n'est autre chose que l'application aux actes sous seing privé de la règle catonienne, tendant à en soumettre la rédaction à des solennités rigoureuses, dont rien ne pourrait couvrir l'omission. C'est conformément aux principes posés par ce magistrat, que le parlement de Paris décida en 1767 que l'exécution volontaire ne pouvait couvrir l'absence de la mention, et que celui de Rouen jugea[1], en 1785, que l'existence même de la mention ne suffisait pas pour la régularité de l'acte, si l'on parvenait à prouver qu'il n'avait pas réellement été fait double : décisions parfaitement conséquentes, dès qu'on admettait la nullité radicale de la convention par cela seul qu'elle n'était pas constatée dans les formes requises.

685. Mais cette nullité de la convention, qui ne reposait que sur une confusion de principes, n'a pas été reproduite par l'article 1325 du Code civil. « Les actes sous seing privé « qui contiennent des conventions synallagmatiques », dit cet article, « ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt « distinct.

« Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le

[1] La théorie des doubles, admise aussi par le parlement de Bordeaux, en 1759, n'avait point, nous l'avons remarqué (p. 261), prévalu partout; elle avait été repoussée à Douai, en 1777; à Grenoble, en 1779. Il faut donc, pour s'en prévaloir avant le Code, prouver l'usage du lieu, ainsi que l'a jugé la Cour suprême, le 17 août 1814, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Nîmes.

« même intérêt. Chaque original doit contenir la mention « du nombre des originaux qui en ont été faits.

« Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont « été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par « celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans « l'acte. »

Le législateur déclare que les actes non faits doubles ne seront pas valables. Mais il ne porte pas atteinte au principe que la convention peut toujours être constatée par tout mode de preuve légal [1], si la perfection n'en a pas été subordonnée à la rédaction de l'écrit.

686. Le Code, en reproduisant l'obligation de rédiger autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, reproduit également la nécessité de mentionner sur chaque original le nombre des originaux qui ont été faits; *fait double, triple,* etc. Mais cette mention est-elle aujourd'hui une formalité indispensable? On y attachait autrefois une telle importance que l'exécution volontaire, qui suffisait, comme aujourd'hui (*ibid.*, art. 1338), pour couvrir les vices de dol et de violence, ne pouvait réparer l'absence d'une pareille mention. Sur ce point, les rédacteurs du Code se sont écartés ouvertement des errements de l'ancienne jurisprudence. Bigot Préameneu (exposé des motifs) justifie leur décision en ces termes : « Comment se plaindre après « avoir agi en vertu de l'acte, et par conséquent renoncé « au moyen qu'on aurait pu tirer de la nullité? » Dès que l'on se trouve placé sous l'empire des principes généraux sur la ratification tacite résultant de l'exécution, puisque la convention n'est point viciée dans son principe, il ne faut

[1] Il ne faut voir qu'une réminiscence de l'ancienne doctrine dans ces paroles de l'exposé des motifs : « Lorsque toutes les parties n'ont pas un droit qu'elles puissent réaliser, l'engagement doit être considéré comme s'il n'était pas réciproque, et dès lors il est nul. »

point hésiter à décider que l'irrégularité de la rédaction, quelle qu'elle soit, cesse par le seul fait de l'exécution volontaire. La mention n'étant exigée après tout que comme preuve que l'acte a été réellement fait double, le Code, en déclarant le défaut de mention couvert, décide implicitement que les mêmes faits de ratification couvriraient le défaut de rédaction en double original. (Rej., 1er mars 1830 et 29 février 1852.)

Ne faut-il pas aller plus loin encore? L'arrêt de 1767, qui refusait tout effet à l'exécution volontaire, n'était, en définitive, qu'un colloraire de celui de 1736, qui prononçait la nullité de l'acte à défaut de mention, bien que les deux doubles fussent représentés. Ces deux décisions étaient la conséquence du principe qui transformait l'écrit sous seing privé en un acte solennel, en dehors duquel il était défendu de rechercher les éléments nécessaires pour la validité de la convention. La confection d'un double original étant nécessaire, la mention du double était requise à son tour, comme le seul moyen légal de certifier cette confection, absolument comme s'il s'agissait d'un acte notarié. En rejetant une des conséquences du principe, le Code n'a-t-il pas rejeté le principe lui-même? Ne faut-il pas dès lors admettre que la mention du nombre des originaux n'est exigée que pour la preuve, et que, si les deux doubles sont représentés, comme cela est arrivé dans l'espèce de 1736, on devra aujourd'hui exécuter la convention, puisqu'il apparaît par l'évidence du fait que les parties ont été dans une position égale? (Voy. Grenoble, 8 avril 1829.)

687. On doit considérer comme un acte d'exécution, de nature à couvrir le vice résultant du défaut de rédaction en double original (voy. nos 491 et 492), le dépôt entre les mains d'un notaire, effectué du consentement de toutes les

parties. (Rej., 25 février 1835; 29 mars 1852.) En est-il de même si le dépôt a été fait entre les mains d'un simple particulier, qui n'a pu assurer la conservation de l'acte en le plaçant au rang des minutes? La négative a été jugée par la Cour de Caen, le 24 avril 1822. Mais nous pensons que la Cour de Grenoble est mieux entrée dans l'esprit de la loi, en décidant l'affirmative, le 2 août 1839. Puisque l'absence de double n'annule point la convention écrite, il est évident que les parties y ont vu plus qu'un simple projet, lorsquelles ont rendu leur position égale, en déposant l'acte entre les mains d'un mandataire commun. Il n'en serait plus de même si le dépôt avait été effectué par un seul des intéressés, même entre les mains d'un notaire. (Bordeaux, 13 mars 1829.) Tout au plus pourrait-on admettre en ce cas une adhésion tacite de l'autre partie, si le dépôt lui avait été notifié et qu'elle n'eût point réclamé.

688. Si les rédacteurs du Code n'ont pas, comme le parlement de Paris, fait rejaillir la nullité de l'acte sur la convention elle-même, ils ont maintenu l'idée fondamentale de la théorie des doubles, qui n'accorde d'effet à l'écrit qu'autant qu'il a pu servir également de titre à l'un et à l'autre des contractants. C'est là une protection exorbitante accordée à des majeurs contre la possibilité d'une fraude : protection qui peut elle-même donner lieu à des fraudes contre ceux qui, ignorant la loi, croiraient l'autre partie sérieusement engagée par sa signature sur un original unique. Aujourd'hui cependant cette théorie donne plus rarement lieu à des surprises, parce qu'elle est extrêmement connue[1]; nous devons même ajouter que plusieurs

[1] On a invoqué cependant un usage contraire à cette théorie, en ce qui touche les souscriptions de librairie, qu'on voulait forcer le signataire du bulletin à exécuter, bien que l'éditeur n'eût pris, de son côté, aucun engagement; on prétendait que l'envoi des prospectus de librairie équivalait à un engagement de la part de l'éditeur. Cette doctrine, qui ne reposait sur

législations étrangères, qui ont modifié en beaucoup d'autres points les dispositions de notre Code, en ont reproduit la théorie sur ce point. (Voy. Code holland., art. 1914.) Mais le Code italien de 1866 a complétement abandonné la doctrine des doubles.

689. La doctrine des doubles tendant ainsi à maintenir l'égalité de position entre les contractants, on se demande si cette égalité peut subsister au cas où l'on accorderait quelque force à l'original, présumé unique à raison de l'absence de la mention *fait double*, qui serait représenté par l'une des parties? Faut-il ou non voir dans cet original un commencement de preuve par écrit, afin d'admettre notamment la preuve testimoniale? Nous ne nous arrêterons pas à un argument peu sérieux, sur lequel se fonde Toullier pour soutenir l'affirmative (t. VIII, n° 318), lorsqu'il fait remarquer que l'article déclare les actes *non valables*, et non pas *nuls* : nuance imperceptible, à laquelle il est impossible d'attribuer aucune importance, le mot *valable* étant constamment opposé au mot *nul* dans les dispositions de nos lois. (C. civ., art. 48 et 170.) Mais, si l'acte n'est pas valable, peut-on le faire rentrer dans les termes de l'article 1347, qui considère comme commencement de preuve par écrit tout acte par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le fait allégué? Pour soutenir la négative, on fait remarquer que, suivant la présomption de la loi, l'acte non fait double ne doit être considéré que comme un simple projet, et que l'on ne saurait admettre que cet acte fait foi sans y voir une preuve complète : ce qui est précisément contraire au système légal. Il est trop évident, ajoute-t-on,

aucun motif juridique, a été repoussée par la jurisprudence. (Rej., 8 novembre 1843; Paris, 1er mai 1848.) Seulement, suivant l'opinion qui tend à prévaloir (n° 689), le bulletin peut être invoqué comme commencement de preuve par écrit contre le souscripteur.

que la partie qui pourrait s'emparer de cet acte, afin de le corroborer par la preuve testimoniale ou par de simples présomptions, aurait un avantage immense sur l'autre, qui serait dans l'impossibilité d'user de la même faculté : ainsi se trouverait forcément rompu l'équilibre que le législateur a voulu établir. Cette opinion est la plus strictement logique; mais je dirais volontiers avec les jurisconsultes romains (Jul., L. 20, D., *De reb. cred.*) : *Hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum.* Si l'on s'en réfère au simple bon sens, il est impossible de méconnaître dans l'acte non fait double *un acte par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le fait allégué.* Simple projet, soit! Mais on est parfaitement reçu à se prévaloir d'une note annonçant un simple projet, pour prouver ensuite par témoins la réalisation du projet indiqué. Un acte *non valable* est donc susceptible de servir de commencement de preuve par écrit, puisque l'article 1347 a trait à une simple vraisemblance de fait, indépendamment de toute condition de droit. Il vaut mieux, après tout, laisser aux juges la faculté d'apprécier les faits que de puiser une fin de non-recevoir dans les conséquences, plus ou moins directes, d'une théorie contestable. La pratique a fini par se prononcer dans le sens de cette opinion, qu'a consacrée *in terminis* un arrêt de cassation du 28 novembre 1864.

Quoi qu'il en soit, si la convention a pu être subordonnée à la rédaction d'un écrit, elle a pu fort bien être indépendante de cette rédaction. Dans cette hypothèse, il doit être permis au demandeur, ainsi que nous l'avons dit, du moins depuis la promulgation du Code, de laisser de côté l'écrit et d'user des moyens de preuve qui lui sont toujours réservés comme dernière ressource, de l'interrogatoire et du serment, ainsi que l'a jugé la Cour de Lyon, le 16 juillet 1827. (Voy. aussi Rej., 16 mai 1859.) On a cependant quelquefois soutenu que c'était encore là violer l'égalité de position entre

les parties, parce que celui à qui on opposerait un écrit revêtu de sa signature n'oserait pas jurer qu'il n'est pas obligé. Mais, fût-il vrai que le serment devînt moralement impossible, l'inégalité de position des parties ne serait après tout que morale et non point légale, puisque le sort du défendeur serait toujours entre ses mains. Bien plus, l'objection n'est pas même fondée; car celui qui dit n'avoir signé qu'un projet, peut très-consciencieusement, si son allégation est vraie, prêter serment qu'il n'a pas entendu s'engager. Il est impossible, après tout, que la partie nantie d'un acte dont elle renonce à se prévaloir, se trouve dans une condition inférieure à celle de la partie qui ne pourrait absolument rien invoquer en sa faveur [1].

690. Voyons maintenant quel doit être le nombre des originaux. Suivant le texte du Code, il doit être égal à celui des parties ayant un *intérêt distinct*. Le Tribunat a fait substituer ces expressions à celles d'*intérêt particulier*, qui se trouvaient dans le projet. Ainsi, plusieurs vendeurs ou plusieurs acheteurs d'un bien ont un intérêt particulier, mais non distinct, dans le sens qu'a ici en vue le législateur, et il suffira qu'il soit dressé pour tous un seul original, sauf à eux à s'entendre pour la conservation de l'acte. L'intérêt sera distinct, au contraire, si l'on suppose plusieurs héritiers dressant un acte sous seing privé pour constater le partage de la succession : il faudra alors autant d'originaux qu'il y a d'héritiers.

691. La doctrine moderne, comme la doctrine ancienne, n'applique la nécessité des doubles qu'à la preuve des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire qui produisent des engagements de part et d'autre. Il ne faut pourtant pas

[1] Suivant un usage constant (Nancy, 23 juin 1849; Rennes, 15 novembre 1869), il suffit que le double remis à l'une des parties porte la signature de l'autre.

commerciaux synallagmatiques, tels que celui d'assurance maritime, qui, soumis à la rédaction par écrit, doivent rentrer dans les prescriptions du droit commun [1]. En sens inverse, il est des actes synallagmatiques pour lesquels il est constant que le double original n'est point requis : le bordereau d'un agent de change, la facture du vendeur acceptée par l'acheteur, aux termes de l'article 109 du Code de commerce. M. Massé reconnaît qu'il en est de même pour la lettre de voiture. La question ne touche, en définitive, que certaines opérations usuelles, telles que les ventes, pour la preuve desquelles l'esprit de la loi commerciale est de laisser toute latitude aux parties. Telle est l'opinion de la grande majorité des auteurs. (Voy. Trèves, 30 mai 1820, ainsi que les considérants de l'arrêt de rejet du 8 novembre 1843.)

694. Ce qui n'est pas douteux, c'est que, devant la juridiction consulaire, il est permis de prendre en considération toute espèce d'écrits. Il est naturel, après tout, que la correspondance soit un mode de preuve régulier pour les commerçants, qui sont obligés de mettre en liasse les lettres qu'ils reçoivent et de copier sur un registre celles qu'ils envoient (C. de comm., art. 8 et 109) : d'où cette décision un peu exagérée de la Rote de Gênes (déc. 142, n° 2) : *Litteræ quæ mittuntur inter mercatores habent vires publicorum instrumentorum.* Toutefois, la correspondance n'établit régulièrement une convention commerciale qu'au cas où il y a demande et réponse, sauf l'appréciation des circonstances où le silence emporterait acceptation tacite. (Comp. les arrêts de la Cour de cass., 25 mai 1870, et de la Cour de Bordeaux, 3 juin 1867.)

En est-il de même devant la juridiction civile? La raison

[1] Si habituellement la police d'assurance n'est point rédigée en double original, c'est que le prix est payé comptant, et qu'alors (n° 691) le contrat devient unilatéral. (Voy. Rej., 19 décembre 1816.)

de douter se tire précisément de la doctrine des doubles. Aucun article du Code civil, dit-on, ne mentionne spécialement la correspondance, ainsi que le fait l'article 109 du Code de commerce. Mais il est constant que les ventes, mêmes verbales, aujourd'hui comme autrefois, sont parfaitement valables. Le double original n'est requis, d'après le texte même de la loi, que lorsque les parties font un acte sous seing privé. Lorsqu'elles traitent par correspondance, elles ne peuvent s'astreindre à des formes qui répugnent à la nature des lettres missives. Il n'y avait point lieu, au surplus, de se défier de la correspondance comme on se défie des témoins : ce qu'indique bien clairement l'article 1355 du Code civil, qui déclare inutile l'allégation d'un aveu extrajudiciaire *purement verbal,* toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. Il est donc permis d'établir l'existence d'une vente d'immeubles au moyen de lettres du vendeur et de l'acheteur produites en justice. (Rej., 26 janvier 1842.) On a même constaté par des lettres d'une femme mariée le fait du recel de la grossesse. (Rej., 31 mai 1842; Alger, 12 novembre 1866.) Suivant Merlin, toutefois (*Répert.*, v° LETTRE, n° 6), une lettre missive devrait être réputée confidentielle, par cela seul qu'elle est écrite à un tiers; les lettres missives ont été, en effet, écartées par un arrêt de rejet du 5 mai 1858 et par les arrêts de la Cour d'Aix, du 5 juin 1852 et de la Cour de Caen, du 31 juillet 1856. Mais la doctrine de Merlin est trop absolue : la lettre, bien qu'adressée à un tiers, peut avoir été écrite dans l'intérêt même de celui qui veut s'en servir, et alors rien n'empêche qu'elle ne soit produite en justice. (Rej., 3 juillet 1850 et 26 juillet 1864.) Dans tous les cas, l'usage ne saurait s'entendre d'une publication indiscrète, faite sans le consentement de l'auteur des lettres ou de ses représentants, ainsi que l'a

décidé un arrêt du 10 septembre 1850, relativement à la correspondance de Benjamin Constant[1].

« Considérant, dit la Cour de Paris, qu'une lettre confi-
« dentielle n'est pas une propriété pure et simple dans les
« mains de celui à qui elle a été écrite ; que le secret qu'elle
« renferme est un dépôt dont ce dernier ne peut disposer
« seul ; qu'en livrant sa pensée à un tiers dans une corres-
« pondance, une personne peut imposer pour condition à
« cet acte de confiance qu'il restera renfermé dans le
« domaine de l'intimité ; que cette condition a tous les
« caractères d'un pacte véritable ; qu'elle est virtuellement
« renfermée dans toute lettre missive d'une nature confiden-
« tielle ; que si, contre le vœu de cette convention tacite,
« le secret d'une lettre était divulgué, ce serait, non-seule-
« ment manquer aux engagements naturels de ce genre de
« rapports, mais porter l'inquiétude dans le commerce
« privé, et briser un des liens de la société des hommes ;
« — Considérant que ces principes ne reçoivent pas
« d'exception, alors même que l'auteur d'une correspon-
« dance confidentielle aurait rempli un rôle public ; que,
« quelque étendus que soient les droits de l'histoire sur les
« personnages qui relèvent d'elle, ils doivent s'arrêter devant
« le sanctuaire du for intérieur ; qu'il peut y avoir, dans la
« vie privée des hommes publics, des sentiments, des
« affections, des épanchements que le respect de soi-même
« et des autres leur fait ensevelir dans le mystère ; que
« l'intérêt des familles a le droit de veiller sur ce domaine
« inaccessible, et de le défendre contre les empiétements
« d'une indiscrète publicité. »

[1] On peut voir, dans la *Revue critique* (tom. I, n° 104), les excellentes observations de M. Cormenin sur cet arrêt, observations plus opportunes que jamais, aujourd'hui que les petits scandales, les petites anecdotes, sont avidement recherchés par un certain public.

En ce qui touche le droit des créanciers, la Cour d'Angers (arr. du 4 février 1869) distingue entre les lettres ayant un caractère purement confidentiel, qu'elle a interdit de mettre aux enchères, lors même qu'elles auraient une valeur vénale à titre d'autographes, et celles qui ont un caractère vraiment historique, pour lesquelles elle a admis le droit des créanciers, si tout autre actif se trouve épuisé.

Nous reviendrons sur le secret des lettres, en traitant de la foi des actes sous seing privé devant la juridiction criminelle. (N° 765.)

§ 3. FOI A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE. — 695. Difficultés sur la foi de la date à l'égard des tiers. — 696. Ne point comprendre parmi les tiers l'incapable. Quand on doit y comprendre les héritiers. — 697. Date des actes vis-à-vis de la masse des créanciers. — 698. Vis-à-vis de la régie de l'enregistrement. — 699. Droit incontestable des tiers *penitus extranei*. — 700. Droit des ayants cause à titre particulier, mal à propos contesté par Toullier. — 701. *Quid* relativement aux quittances opposées au cas de cession ou de saisie-arrêt? — 702. Exception en matière de commerce. — 702 *bis*. Date du testament olographe. — 703. Enregistrement des actes sous seing privé. — 704. Autres moyens de donner à l'acte date certaine. — 705. Aveu exprès ou tacite suppléant à la certitude de la date. — 706. Règle spéciale en matière d'expropriation pour utilité publique.

695. Il n'est pas douteux que l'acte sous seing privé, lorsque la sincérité en est également établie, n'ait, à l'égard des signataires, la même foi que l'acte authentique. Mais l'article 1322 lui accorde cette autorité entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayants cause*. De graves difficultés s'élèvent sur cette disposition, comparée à celle de l'article 1328, qui veut que les actes sous seing privé ne fassent point foi de leur date à l'égard des *tiers*. Quels sont les ayants cause des parties? Quels sont ceux qu'il faut considérer comme des tiers? Parlons d'abord des successeurs et ayants cause à titre universel; puis nous aborderons la question si débattue des ayants cause à titre particulier.

696. Les successeurs à titre universel sont tenus de tous

les engagements souscrits pendant la vie de leur auteur. Ils n'ont dès lors, en général, aucun intérêt à contester la date de l'écrit, puisqu'ils sont liés par la signature du défunt, lorsqu'elle est bien constatée, à quelque époque de sa vie qu'elle ait été donnée. Mais, lorsque leur auteur a été frappé d'une incapacité qui ne l'empêchait pas en fait de souscrire des actes, par exemple, s'il a été interdit, les héritiers sembleraient fondés à exiger du porteur de l'écrit qu'il prouvât une date certaine, antérieure à l'interdiction prononcée. Et par voie de conséquence, il faudrait dire que l'interdit lui-même, de son vivant, peut se refuser à exécuter des engagements dont on ne saurait prouver l'antériorité à l'époque où son incapacité a commencé. Les héritiers ne sont après tout les ayants cause du défunt, il n'est leur auteur, que tant qu'il a eu le pouvoir de contracter. L'incapable lui-même n'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, son propre ayant cause que pour les actes qu'il a souscrits avant de devenir incapable. Ce serait donc au créancier, qui joue le rôle de demandeur, à établir que la date de l'écrit est antérieure à l'événement qui a changé la position du signataire.

Telles seraient les conséquences rigoureuses auxquelles il faudrait effectivement arriver, si la doctrine relative à la certitude de la date était un de ces principes de raison qui dominent la science, et auxquels on ne doit pas hésiter à donner toute la portée dont ils sont susceptibles dans l'application. Mais cette nécessité d'une date certaine à l'égard des tiers n'est autre chose qu'une précaution qui, inconnue pendant longtemps en jurisprudence, n'a été introduite dans notre ancien droit que par des considérations d'utilité pratique. (Voy. les arrêts du parlement de Rouen du 2 mars 1629, et du parlement de Paris du 19 août 1729.) Il faut donc voir quels sont les intérêts qu'on a voulu garantir en

établissant cette doctrine. Or, en consultant les arrêts et les auteurs, il est facile de reconnaître que le but qu'on s'est proposé a été de protéger les tiers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui traiteraient avec les parties contractantes, contre le danger d'antidates, pratiquées après coup en fraude de leurs droits. Mais on n'a jamais entendu par tiers, ni les héritiers dont l'auteur aurait été frappé d'incapacité pendant une partie de sa vie, ni surtout l'incapable lui-même. On a toujours voulu que, dans les rapports du créancier avec le signataire de l'acte ou avec ses héritiers, il n'y eût pas nécessité de donner à l'écrit une date certaine : autrement, il serait impossible d'avoir la moindre sécurité, lorsque l'on traite avec une personne, sans faire les frais de l'enregistrement, puisque, d'un moment à l'autre, cette personne peut devenir incapable. Et pour remédier à une fraude exceptionnelle, dans le cas où l'incapable aurait souscrit des actes antidatés sans qu'il fût possible de reconnaître l'antidate, on tomberait dans l'immense inconvénient d'annuler tout écrit antérieur à l'incapacité, mais dont la date ne serait pas légalement établie. Une doctrine conçue dans un intérêt tout pratique ne doit pas recevoir une extension que l'utilité pratique désavoue. Après tout, les héritiers de l'incapable ayant habituellement avec lui des rapports bien plus intimes que les tiers, ont plus de facilité pour établir l'antidate, qui peut toujours être constatée en connaissance de cause. (Voy. Cass., 5 avril 1842; Rej., 15 juin 1843.) Il en est de même, à l'inverse, de l'incapable, devenu capable, lorsqu'on lui oppose les actes souscrits par celui qui administrait ses droits. Aussi un arrêt qui voulait que les baux souscrits par un tuteur eussent date certaine pour pouvoir être opposés au pupille devenu majeur, a-t-il été cassé le 8 juin 1859. Et, si la Cour de cassation (Rej., 30 juin 1868) a mis à la charge du porteur

de l'écrit la preuve de l'antériorité de sa date à la nomination d'un conseil judiciaire donné au souscripteur, c'est qu'en fait l'antidate ressortait des circonstances de la cause.

Toutefois, les héritiers doivent être considérés comme des tiers, lorsqu'ils n'agissent pas au nom du défunt, mais comme exerçant un droit à eux appartenant, que l'antidate aurait eu pour but de frauder, par exemple, lorsqu'ils attaquent une vente faite par leur auteur au profit de son conjoint, mais dont la date apparente est antérieure au mariage : les héritiers invoquent alors un intérêt spécial et distinct, qu'a eu pour but de protéger l'interdiction de la vente entre époux (C. civ., art. 1595) ; ils ont dès lors qualité pour invoquer l'article 1328. (Cass., 31 janvier 1837 ; Rej., 6 février 1838.)

697. Ceux qui, sans être successeurs, sont ayants cause à titre universel du signataire de l'acte, ne sauraient être considérés comme des tiers. C'est ainsi que la masse des créanciers dans une faillite (Cass., 4 juillet 1854 ; Metz, 1er février 1860) ne saurait repousser un titre produit, parce qu'il n'aurait point date certaine. Une pareille exigence rendrait impossibles les transactions commerciales, à l'égard desquelles d'ailleurs nous verrons que la certitude de la date n'est point exigée. La masse n'est point un ayant cause à titre singulier, et elle ne peut dès lors repousser un acte sous seing privé qu'en faisant preuve de l'antidate. On pourrait cependant objecter l'article 1410 du Code civil, aux termes duquel la communauté n'est tenue des dettes antérieures de la femme qu'autant qu'elles résultent d'un acte ayant date certaine avant le mariage. Mais il faut voir dans cet article une disposition spéciale, tendant à prévenir les fraudes, et non un principe absolu : aussi les Cours de Limoges (28 novembre 1849) et de Paris (10 juillet 1866), ont-elles admis les cessionnaires d'une femme commune à

invoquer des preuves autres que des actes ayant date certaine antérieurement au mariage.

C'est dans le même esprit que la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 1410, lorsque c'est, au contraire, à la femme, après la dissolution de la communauté, qu'on présente des billets du mari n'ayant point date certaine. « La femme », dit la Cour (Rej., 13 mars 1854), « ne peut « être considérée comme un tiers à l'égard des actes con- « cernant une communauté qu'elle a acceptée. » Nous lisons également dans un arrêt de Nancy du 25 juillet 1868 que « dûment représentée par le chef de la communauté, « la femme ne peut se dire un tiers et invoquer l'art. 1328. »

Lorsque la femme veut exercer son hypothèque légale sur les biens de son mari à la date d'un engagement qu'elle aurait contracté avec lui (C. civ., art. 2135), est-elle tenue de produire un acte ayant date certaine? Quand elle se présente vis-à-vis des créanciers hypothécaires, qui sont de véritables tiers, elle doit justifier de la date; la dispense d'inscription de l'hypothèque n'emporte nullement dispense d'établir régulièrement la date de l'engagement. (Cass., 5 février 1851.) Il en est autrement lorsqu'elle se trouve vis-à-vis de la masse chirographaire, notamment dans une faillite, de simples créanciers ne pouvant avoir, hors le cas de fraude, plus de droits que le débiteur lui-même. (Cass., 15 mars 1859; Amiens, 26 mars 1860.)

698. Il faut, d'autre part, assimiler aux parties la régie de l'enregistrement, laquelle, pour la réception des droits sur les actes, même sous seing privé, doit les prendre tels qu'ils sont, avec la date qui ressort de leur contexte. Autrement, on ne comprendrait pas comment l'enregistrement, qui est précisément le moyen le plus habituel pour donner date certaine à un acte privé, serait exigé quelquefois *dans les trois mois de sa date*. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 22.)

Lorsque le législateur a cru devoir exiger, vis-à-vis de la régie, dans des hypothèses particulières, la certitude de la date, il a eu soin de le déclarer formellement. (*Ibid.*, art. 62 et 70, § 3, 16°.)

699. Voyons maintenant quels sont les tiers à l'égard desquels est requise la certitude de la date. Nous savons déjà que le mot *tiers* n'est pas toujours employé dans la même acception. Lorsque le Code civil dit que les conventions ne nuisent point aux tiers (art. 1165), il entend parler des tiers *penitus extranei*, qu'aucun lien ne rattache aux parties contractantes; lorsqu'il dit que les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers (art. 1321), il a en vue, au contraire, les ayants cause des parties, du moins à titre particulier. (N° 516.)

Il nous semble d'abord incontestable qu'à la différence de l'acte notarié, l'acte sous seing privé n'a point de date vis-à-vis des tiers *penitus extranei*. Il n'y a point même lieu d'y voir un commencement de preuve par écrit, en s'attachant à un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 29 décembre 1716, en faveur d'un acquéreur qui invoquait comme titre, pour la prescription de dix ou vingt ans, un acte privé non enregistré. Aujourd'hui (n° 165), le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre qui la demande est formée (Cod. civ., art. 1347) : or, le propriétaire qui revendique l'immeuble à l'égard duquel on invoque la prescription, est complétement étranger à l'acte sous seing privé portant vente de cet immeuble. La date énoncée en cet acte est donc pour lui, à tous égards, *res inter alios acta.*

700. Ne faut-il pas aller plus loin, et comprendre ici, comme en matière de contre-lettres, sous la dénomination de tiers, les ayants cause à titre particulier du signataire de l'acte? Pouvait-on notamment, avant la mise en vigueur de la loi du 23 mars 1855, opposer à l'acheteur d'un immeuble

(car c'est sur cette espèce si simple que se sont élevées les plus vives controverses), s'il justifiait de son droit par un acte ayant date certaine, un écrit non enregistré, d'où il résultait une vente antérieure du même immeuble au profit d'une autre personne? Toullier (tom. VIII, nos 244 et suiv., et dissert. à la fin du tom. X) a soutenu avec opiniâtreté l'affirmative, en se fondant sur la lettre de l'article 1322, qui parle des héritiers et ayants cause, sans distinguer s'il s'agit d'ayants cause à titre particulier ou à titre universel. Or, l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur; donc les actes faits par le vendeur ont date certaine à l'égard du vendeur.

Les auteurs distingués qui ont combattu cet étrange paradoxe se sont surtout attachés à en démontrer les fâcheuses conséquences, à faire ressortir la contradiction qu'il offrirait avec la disposition de l'article 1328, destinée à protéger les tiers. Par tiers, il ne faudrait entendre, suivant Toullier, que les créanciers saisissants, lesquels, tenant leurs droits non du débiteur, mais de la loi, ne sont pas ses ayants cause, et ne sauraient dès lors être écartés par un acheteur qui ne représenterait pas un acte ayant date certaine antérieure à la saisie. Cet exemple est, en effet, celui que donne Pothier. (*Oblig.*, n° 715.) Mais il est évident que les créanciers saisissants sont des ayants cause, tout aussi bien que les acheteurs; car le droit qu'ils exercent n'est qu'un reflet de celui de leur débiteur [1], et la distinction imaginée par Toullier est

[1] Le créancier saisissant, à la différence de la masse des créanciers en cas de faillite (n° 697), devient à certains égards un tiers, puisqu'il acquiert par le fait même de la saisie un droit propre et personnel. Aussi l'article 684 du Code de procédure autorise-t-il le saisissant, aussi bien que l'adjudicataire, au cas de saisie immobilière, à faire annuler les baux qui n'ont pas acquis date certaine avant le commandement. De même, la vente consentie par le débiteur saisi doit avoir une date certaine, antérieure à la transcription de la saisie. (*Ibid.*, art. 686.) Il ne faudrait cependant pas assimiler d'une manière absolue le créancier saisissant à un tiers, puisque

tout à fait arbitraire. Toutefois il n'est pas exact de soutenir, comme l'ont fait ceux qui ont combattu Toullier, que le texte de l'article 1322 doit nécessairement se restreindre aux ayants cause à titre universel. Cela paraît bien peu vraisemblable; car l'article 1322 s'exprime exactement comme l'article 1319, qui, en parlant des actes authentiques, mentionne les héritiers et ayants cause, et il n'a jamais été douteux, dans ce dernier cas, que la convention ne liât même les successeurs à titre particulier. Il faut donc convenir que l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur. Mais cela veut-il dire qu'il soit tenu de respecter des actes n'ayant point de date certaine? Nullement; car toute l'argumentation de Toullier repose sur une pétition de principe. Le successeur particulier n'est pas l'ayant cause de son auteur pour toute la vie de cet auteur, comme le serait un successeur universel; il ne l'est que pour les actes antérieurs à la date de l'écrit sur lequel repose son droit. Que celui qui invoque le bénéfice de l'antériorité de date, prouve qu'il a traité en effet le premier avec le vendeur, et il l'emportera, son adversaire fût-il pourvu d'un titre authentique. Autrement, il faudrait soutenir que l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur pour les actes par lui consentis postérieurement à la vente, système qui se réfute assez de lui-même. C'est ainsi que se concilient les articles 1322 et 1328[1]. On comprend bien, au surplus, que la pratique n'ait jamais

la loi du 23 mars 1855 n'autorise point ce créancier à opposer le défaut de transcription du contrat de l'acquéreur (p. 84, not. 2), pourvu que la date du contrat d'acquisition soit antérieure à celle de la transcription de la saisie.

[1] On a ajouté surabondamment que l'application du principe posé par l'article 1328 se trouve dans l'article 1747, qui accorde la faculté de ne pouvoir être expulsé au preneur dont le bail a *date certaine*. Or, pourquoi la certitude de la date vis-à-vis des tiers serait-elle exigée à l'égard du preneur, plutôt qu'à l'égard de l'acheteur?

admis la doctrine de Toullier. (Rej., 20 février 1827; Cass., 28 juillet 1858.)

Aujourd'hui, du reste, la controverse a beaucoup perdu de son intérêt, puisqu'à l'égard des droits immobiliers, la loi du 23 mars 1855 exigeant la transcription, c'est de la date de la transcription, et non plus de la date du titre, qu'il y a lieu de se préoccuper, dans le conflit entre deux acheteurs d'un même immeuble. La question ne se présente plus que pour les droits non soumis à la transcription, tels que le droit de bail, du moins lorsque la durée du bail n'excède pas dix-huit ans (loi du 23 mars 1855, art. 2, 4°), ou bien (Rej., 22 février 1854) le payement anticipé de loyers ou de fermages antérieurement à la transcription, quand l'importance de ce payement n'équivaut pas à trois années de revenu. (Même loi, art. 2, 5°.)

701. Celui qui achète un bien, ou qui, en général, se fait concéder un droit réel, a dû immédiatement prendre les précautions nécessaires afin de consolider son acquisition, puisque la nature même de son droit le mettait en rapport avec les tiers. Mais faut-il être aussi rigoureux à l'égard de celui qui devait s'attendre à n'avoir affaire qu'à une seule personne, vis-à-vis de laquelle il était en règle, et qui se trouve tout à coup en relation avec des tiers? Nous voulons parler d'un débiteur qui se serait contenté, ainsi que cela se pratique tous les jours, d'une quittance non enregistrée, en faisant à son créancier un payement total ou partiel. Lorsqu'il opposera cette quittance à un cessionnaire, ou à un créancier de son créancier, qui viendra saisir la créance entre ses mains, ceux-ci pourront-ils lui répliquer qu'ils sont des tiers à l'égard du cédant ou du débiteur saisi, et que dès lors il n'est permis de les repousser qu'en leur représentant une quittance ayant date certaine? De nombreux arrêts ont été rendus en sens divers sur cette

question, et il est évident que les circonstances ont dû beaucoup influer sur la solution qu'elle a reçue dans les différentes espèces. Mais, en prenant la substance de ces décisions, on peut les concilier presque toutes au moyen de la distinction suivante : ou bien les quittances ont été immédiatement opposées par le débiteur, et alors, si rien n'indique une fraude préméditée, on doit présumer la quittance antérieure à la signification ; ou bien, au contraire, le débiteur a tardé à la faire valoir, et alors l'antidate devient vraisemblable, la présomption est contre la sincérité de la date, et l'on rentre dans le droit commun. Cette distinction, que nous ne présentons point comme un principe de droit, mais seulement comme une considération utile dans la pratique, est assez en harmonie avec l'article 1295 du Code civil, aux termes duquel le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. La cession frauduleuse d'une créance ou d'une portion de créance déjà éteinte, est un événement extraordinaire, contre lequel on ne peut exiger que le débiteur se mette en garde en prenant des précautions inusitées. Il suffit que, dès qu'il se trouve en rapport avec les tiers, il leur fasse connaître sa position. (Voy. Rej., 5 août 1839 ; Cass., 23 août 1841.)

702. Un point sur lequel on est assez d'accord dans cette matière si controversée, c'est que la certitude de la date n'est pas requise, même à l'égard des tiers, dans les opérations commerciales, qui, sous le double rapport de la célérité et de l'économie, ne peuvent être soumises à la nécessité de l'enregistrement. M. Massé fait observer avec raison (*Droit commercial*, tom. IV, n° 2435) que les commerçants n'ont point l'habitude de rédiger des actes, comme

on le fait dans les affaires civiles. Les modes de preuve les plus usuels dans les relations commerciales sont les factures, les correspondances, la preuve testimoniale : modes qui ne se prêtent point à la formalité de l'enregistrement. *Scripturæ mercatorum*, dit Casanova (Disc. 10, n° 51), *præsumuntur confectæ tempore non suspecto, nisi arguantur de falso.* Ainsi, on admet, nonobstant la règle posée par l'article 1410 du Code (n° 697), l'action contre la communauté des créanciers d'une femme qui faisait le commerce, bien que leurs titres n'aient point de date certaine antérieure au mariage. (Angers, 2 avril 1851.) Et la Cour de cassation reconnaît, en général (Rej., 17 juillet 1837 et 14 décembre 1858), qu'en matière commerciale il est permis aux juges de s'assurer, même à l'égard des tiers, de la vérité de la date apposée à un acte sous seing privé, à l'aide des pièces, faits et circonstances de la cause, et de présomptions non établies par la loi. Il en est autrement là où le Code de commerce exige un acte sous seing privé en bonne forme, par exemple (C. de comm., art. 39), pour la formation d'une société en nom collectif ou en commandite.

En matière civile, la règle n'admet point d'exception pour les actes entre-vifs; on n'admet plus, comme autrefois en Normandie et en Navarre (Rej., 20 janvier 1837) que les contrats de mariage signés des parties et de leurs parents aient par eux-mêmes date certaine à l'égard des tiers.

702 *bis*. Mais il faut mettre dans une classe à part le testament olographe, qui, bien que sous forme d'écrit privé, a date certaine, et d'après l'ancienne doctrine (Cout. de Paris, art. 289), et d'après la jurisprudence postérieure au Code. La nécessité de l'enregistrement aurait enlevé au testament olographe la liberté et le secret qui lui sont essentiels. Dès lors il est constant que celui qui se prévaut d'un acte de cette nature, établit par sa date même, sans qu'il soit besoin

d'autre preuve, que le testament a été fait à une époque de capacité. (Rej., 8 juillet 1823 et 20 avril 1824; Toulouse, 9 décembre 1867.)

Mais comment peut-on prouver l'erreur ou la fausseté de la date? Par des documents empruntés au testament lui-même, *ex ipsomet testamento, non aliunde*, suivant Dumoulin. La Cour de cassation s'est constamment prononcée en ce sens. (Voir notamment Rej., 14 mai 1867 et 28 juin 1869.) Vouloir établir par des documents extrinsèques l'erreur du testateur, ce serait contrevenir au principe qui ne permet qu'en cas de fraude ou de violence de prouver contre le contenu aux actes. (Nos 140 et suiv.)

Si l'on prétend maintenant que le testateur a donné sciemment une date fausse à l'acte, sera-t-on recevable à en admettre la preuve en dehors des termes de l'acte? Et dans tous les cas, n'y sera-t-on recevable qu'en s'inscrivant en faux contre le testament?

Suivant M. Demolombe (*Donations et testaments*, tom. IV, nos 160 et suiv.), c'est seulement lorsque le testament est attaqué pour insanité d'esprit ou pour captation qu'on peut chercher en dehors de l'acte la preuve de sa date réelle, parce qu'alors l'antidate n'est pas l'objet direct du procès, puisqu'elle n'est alléguée que comme un des éléments de la fraude. La Cour de cassation semble admettre, au contraire (Rej., 11 août 1851), qu'on peut prouver dans tous les cas, en dehors même du testament, que le testateur lui a donné une fausse date, ce qui équivaut à l'absence de date.

Toutes les fois que l'on est recevable à établir la fausseté de la date, nous pensons que la preuve est recevable *de plano;* sans qu'il soit besoin de s'inscrire en faux contre le testament. Il nous est impossible d'admettre, malgré la qualification de *solennel* donnée au testament olographe par l'article 289 de la Coutume de Paris (voy. n° 568), la doc-

trine de Merlin (*Répert.*, v° TESTAMENT, sect. 2, § 4, art. 7), reproduite par un arrêt de la Cour de cassation (Rej., 29 août 1824[1]) qui considère le testateur comme « placé « momentanément dans la classe des fonctionnaires publics, « pour imprimer l'authenticité à la date de l'acte. »

Et d'abord, il serait difficile de comprendre l'obligation de s'inscrire en faux pour celui qui demande à faire la preuve d'une fraude, soit que le testateur ait voulu éluder une incapacité, soit qu'il ait cherché à dissimuler des faits de captation au moyen de l'antidate. Comme nous le disions, c'est alors contre le testateur bien plus que contre l'acte qu'est dirigée l'action. Ne peut-on pas prouver par témoins ou par présomptions contre le contenu d'un acte, même authentique (Rej., 4 février 1836 et 12 mars 1839), lorsqu'on articule la fraude? La Cour de cassation a fini par le reconnaître. (Rej., 22 février 1853; voy. aussi Toulouse, 9 décembre 1867, contrairement à un arrêt du 11 juin 1830.)

Il ne reste donc plus que l'hypothèse, bien rare en pratique, où l'on allègue que le testateur a donné sciemment une date fausse au testament, sans que l'antidate ait eu pour but de déguiser la fraude ou l'incapacité de tester. C'est là, a-t-on dit (Toulouse, 11 juin 1830), un faux, bien que non atteint par la loi pénale; mais ce faux, purement civil, est imaginaire. Lorsque la loi commerciale a voulu assimiler au faux l'antidate dans les actes (Cod. de comm., art. 139), elle a eu soin de prononcer contre cette antidate la *peine du faux*. C'est un principe élémentaire que la simple simulation n'est point un faux. (Poitiers, 13 février 1865.) Cette simulation, dans le testament olographe comme ailleurs, sera dès lors susceptible d'être établie pour tous les

[1] Cette déclaration de principes était inutile dans l'espèce; l'inscription de faux était nécessairement admissible, le testament étant impugné pour faux matériel.

genres de preuve. Telle est aussi la conclusion de M. Demolombe. (*Ibid.*, n° 162.)

703. Quant à la manière de donner date certaine aux actes, le procédé normal, le seul employé habituellement, c'est l'enregistrement. L'application de cette formalité aux actes sous seing privé n'est pas ancienne dans notre droit. Le contrôle, qui correspond à l'enregistrement actuel, ne fut appliqué à ces actes que par un édit du mois d'octobre 1705. Entre les parties, l'enregistrement n'est exigé qu'autant qu'on veut faire usage en justice des écrits privés (loi du 22 frimaire an XII, art. 23), sauf les actes portant transmission de propriété ou d'usufruit des biens immeubles, les baux à ferme ou à loyer, sous-baux, cessions, subrogations de baux et enregistrements de biens de même nature, qui doivent être enregistrés dans les trois mois de leur date. (*Ibid.*, art. 22.)

Pour les actes sous seing privé auxquels s'applique la règle générale, qui rend le droit exigible lorsque l'acte est produit en justice, cette nécessité de payer des droits proportionnels, souvent considérables, à raison de la seule mention de l'acte, a donné lieu à une pratique tendant à éluder la rigueur de la loi fiscale. Cette pratique s'est surtout propagée en matière commerciale. Suivant une note du tribunal de commerce de la Seine, citée dans l'exposé des motifs de la loi du 11 juin 1859 (fixant le budget de 1860), « la plus grande partie des demandes formées de-
« vant les tribunaux consulaires s'appuie sur l'énonciation
« que la convention est verbale, lors même qu'un écrit
« existe entre les parties. Le juge consulaire lui-même ne
« peut exiger la production d'un acte qui rendrait sa tâche
« plus facile, mais ruinerait le plaideur. »

L'article 22 de la loi du 11 juin 1859 a fait cesser ce grave inconvénient, en substituant, non pour tous les actes

de commerce, car il n'a point été innové en ce qui touche les engagements unilatéraux, tels que les billets, mais pour les actes synallagmatiques, le payement d'un droit fixe à celui du droit proportionnel, tant qu'il n'y a point eu condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, soit par jugement, soit par acte public :

« Les marchés et traités réputés actes de commerce par « les articles 632, 633 et 634, n° 1er, du Code de com- « merce, faits ou passés sous signatures privées et donnant « lieu au droit proportionnel, suivant l'article 69, § 3, n° 1, « et § 5, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII, seront « enregistrés provisoirement moyennant un droit fixe de « deux francs et les autres droits fixes auxquels leurs dis- « positions peuvent donner ouverture d'après les lois en vi- « gueur. Les droits proportionnels édictés par ledit article « seront perçus lorsqu'un jugement portant condamnation, « liquidation, collocation ou reconnaissance, interviendra « sur ces marchés et traités, ou qu'un acte public sera fait « ou rédigé en conséquence, mais seulement sur la partie « du prix ou des sommes faisant l'objet soit de la condamna- « tion, collocation ou reconnaissance, soit des dispositions « de l'acte public. »

704. Outre l'enregistrement, l'article 1328 mentionne deux circonstances qui assurent la date des actes : la première est la mort de celui, ou de l'un de ceux qui les ont souscrits[1]; peu importe que ce soit l'une des parties ou un témoin. (Rej., 28 juillet 1858.) La seconde est la constatation de la substance de l'écrit dans un acte dressé par un officier public. Ce sera le plus souvent, comme le suppose

[1] Il ne suffit pas que l'acte ait acquis date certaine le jour même de l'aliénation, notamment par le décès du vendeur, survenu le jour de la vente; il faut que l'antériorité soit établie, le porteur de l'acte étant demandeur. (Douai, 15 février 1865.)

le texte, dans un procès-verbal de scellés ou d'inventaire que l'écrit privé se trouvera ainsi relaté; ou bien dans un procès-verbal de saisie, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 22 novembre 1864. Néanmoins, on a admis favorablement (Riom, 24 janvier 1842) que cette mention peut être utilement faite, non-seulement dans un acte authentique, mais dans une décision ministérielle faisant remise aux parties du double droit dû pour défaut d'enregistrement dans les délais. Il en serait autrement (Rouen, 24 mars 1852) d'une requête d'avoué, dont les énonciations n'ont nullement le caractère de l'authenticité.

Ces circonstances sont-elles les seules? Toullier (tom. VIII, n° 242) suppose que le signataire a perdu les deux bras, et il décide qu'à partir de ce moment les actes qu'il avait souscrits auront date certaine. Mais on sait qu'il n'est pas impossible d'écrire avec le pied; il y a même un artiste contemporain chez qui cet organe avait acquis assez de souplesse pour manier le pinceau, et qui a exécuté des ouvrages assez remarquables. Bien plus, fût-il certain, dans l'espèce, qu'il y a pour le signataire de l'acte impossibilité matérielle d'écrire, il serait toujours très-dangereux d'ajouter, à raison de positions exceptionnelles, de nouvelles circonstances à celles que mentionne l'article 1328. On en viendrait à décider, comme l'avait fait la Cour de Grenoble, par un arrêt qui a été cassé le 27 mai 1823, que la connaissance qu'aurait eue l'acheteur postérieur de l'acte sous seing privé qu'on lui oppose suffit pour donner à cet acte date certaine à son égard. Alors la certitude de la date ne serait plus, comme dans l'ancien droit (Rej., 10 avril 1838), qu'une affaire d'appréciation, contrairement à ce que décide le Code pour la publicité à propos de la transcription. (C. civ., art. 1071.) Et cependant l'utilité pratique de l'enregistrement consiste précisément en ce qu'il donne une

base fixe aux droits des parties. L'application de cette règle peut être rigoureuse, la certitude de la date pourrait résulter, en fait, de livres régulièrement tenus (Aix, 27 avril 1865); mais, à peine de tomber dans l'arbitraire, il faut s'en tenir à la lettre de l'article 1328. L'intention du législateur a été évidemment restrictive; car le cas de mort d'un des signataires de l'acte était le seul prévu dans le projet, et ce n'est qu'après discussion (séance du 2 frimaire an XII) qu'on a ajouté le second cas, celui de la constatation des écrits privés dans les actes publics : addition qui n'aurait eu aucun sens, si l'article n'avait été qu'énonciatif.

705. Ajoutons cependant que l'absence de date certaine ne constitue point vis-à-vis des tiers un moyen d'ordre public auquel il leur soit permis de renoncer. Dès lors, s'il y avait eu de leur part aveu judiciaire de la sincérité de l'acte, ou même s'ils l'avaient exécuté d'une manière patente, comme au cas où un locataire principal viendrait contester l'existence d'un sous-bail n'ayant point date certaine, après avoir perçu lui-même les loyers (Rej., 19 mai 1857), il ne serait plus permis d'invoquer l'article 1328. Mais il faut que les faits d'exécution soient personnels à celui qui les invoque. Aussi la Cour de cassation a-t-elle cassé, le 28 juillet 1858, un arrêt de la Cour d'Alger qui avait considéré comme équivalant à la certitude de la date, vis-à-vis de l'acquéreur, le fait d'exécution, avant l'aliénation, de travaux destinés à l'établissement d'une servitude, lorsque la constitution de cette servitude n'était constatée que par un écrit non enregistré[1]. Notons d'ailleurs, en ce qui touche l'Algé-

[1] De même, l'acquéreur ne pouvait, avant la loi du 23 mars 1855, suppléer à l'absence de certitude de la date de son titre, en alléguant une possession de l'immeuble remontant à la date apparente de l'acquisition (Nîmes, 27 mai 1840); et sous l'empire de la législation de 1855, la possession ne pourrait davantage suppléer au défaut de transcription. C'est également sur une espèce antérieure au système nouveau sur la transcription que statue l'arrêt du 28 juillet 1858.

rie, que si la loi musulmane n'exige point, comme la nôtre, la certitude de la date vis-à-vis des tiers, on ne saurait du moins permettre à un musulman d'opposer à un non-musulman un acte n'ayant point date certaine. (Rej., 27 octobre 1866.) Cette situation présente une certaine analogie avec celle du commerçant qui voudrait invoquer vis-à-vis d'un non-commerçant les règles sur la preuve en droit commercial. (N° 174.)

706. Terminons par l'examen d'une question fort usuelle. Les principes ordinaires sur la certitude de la date sont-ils applicables à l'expropriation pour utilité publique, lorsque l'État, ou la Compagnie substituée à ses droits, se trouve avoir affaire à un locataire dont le bail n'a point date certaine?

Au premier coup d'œil, on est tenté de décider l'affirmative, et de considérer l'expropriant comme un acquéreur à titre particulier, vis-à-vis duquel on ne saurait se prévaloir d'un titre qui peut être antidaté. C'est ce qu'avaient en effet jugé plusieurs arrêts, et notamment un arrêt de cassation du 2 février 1847.

Mais, en y réfléchissant, on reconnaît qu'il n'est pas possible d'assimiler ici aux aliénations ordinaires l'expropriation pour utilité publique. Lorsque le propriétaire consent une vente volontaire, il est passible d'un recours en indemnité vis-à-vis du locataire expulsé, auquel il a consenti un bail non enregistré. Mais il ne saurait être passible d'aucun recours, lorsqu'il est soumis à l'expropriation, qui est un cas de force majeure. C'est pour cela que l'article 31 de la loi du 3 mai 1841 veut que le propriétaire, dans la huitaine de la notification du jugement d'expropriation, appelle et fasse connaître à l'administration ses fermiers ou locataires, et qu'à défaut de le faire il reste seul chargé envers eux des indemnités. D'où la conséquence que, s'il a fait cette décla-

ration, il demeure déchargé, et l'expropriant se trouve substitué à ses obligations. Quant au danger de la fraude, il y est pourvu par la latitude accordée au jury d'expropriation pour la fixation des indemnités. Ces raisons, admises par des auteurs graves, ont fini par prévaloir dans la jurisprudence, et la même chambre civile qui avait cassé, en 1847, un arrêt conforme à cette doctrine, a, au contraire, le 17 avril 1861, rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Grenoble, du 9 novembre 1858, qui avait attribué droit à l'indemnité en vertu d'un bail n'ayant point date certaine, mais reconnu sincère.

DEUXIÈME DIVISION.

VÉRIFICATION DES ÉCRITURES.

SOMMAIRE. — 707. Différence entre la foi de l'écrit privé et celle de l'acte authentique — 708. *Quid* relativement au porteur d'un testament olographe, envoyé en possession par le président ? — 709. Vérification principale ou incidente. — 710. Trois phases de la procédure.

707. La présomption exorbitante qui fait réputer authentique, jusqu'à inscription de faux, l'écrit revêtu des apparences de l'authenticité, n'a jamais existé en ce qui concerne les écrits privés, dont la falsification est à la fois plus facile et moins sévèrement punie [1]. Tandis que celui à qui on oppose un acte authentique apparent est obligé de s'inscrire en faux pour en détruire l'autorité, celui auquel on oppose un écrit privé revêtu de sa signature apparente peut se contenter de le méconnaître, et c'est alors au porteur de l'écrit qu'incombe le fardeau de la preuve. « Quant « aucuns », dit Beaumanoir (ch. XXXV, § 3), « est ajorné à

[1] Cette règle n'est pas universellement admise. Dans la Virginie (St. rév. de 1849, ch. XCVIII, § 75) et dans plusieurs autres États américains, tout écrit portant la signature apparente d'une personne vivante est réputé sincère, tant que cette personne n'en atteste pas la fausseté par serment.

« se lettre, et il nie pardevant juge qu'il ne bailla oncques « cele lettre, et que ce n'est pas son seaus, il convient que « li demanderes le proeve. » *Certum est*, dit Boiceau (part. II, chap. I, n° 2), *et communi Galliæ usu receptum, nullam privatam scripturam nullumque chirographum fidem habere, nisi prius agnoscatur.*

708. Mais en sera-t-il de même lorsque le porteur de l'acte sous seing privé sera défendeur? Ainsi, sera-ce au légataire universel à prouver la sincérité d'un testament olographe, bien qu'à défaut d'héritiers à réserve il ait obtenu l'envoi en possession en vertu de ce testament[1]? (C. civ., art. 1008.) Observons qu'en toute autre hypothèse, les héritiers du sang seraient saisis, et le légataire demandeur incontestablement obligé de faire vérifier l'écriture. Ceux qui soutiennent l'affirmative, font remarquer que l'ordonnance du président n'est pas rendue contradictoirement, et qu'elle ne constitue qu'un acte de juridiction gracieuse, qui ne peut être refusé au requérant, à moins que l'écrit ne porte des marques évidentes de fausseté : la présomption de vérité ou de fausseté du testament ne saurait être le prix de la course. Dans le sens de la négative, consacrée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation (voy. Cass., 21 juillet 1852, 23 août 1853, 25 juin 1857 et 5 août 1872), on répond que la possession ne doit pas nécessairement provenir d'un jugement proprement dit pour établir en faveur de celui qui l'invoque une présomption de droit; qu'il suffit qu'elle soit régulière, ce qui est incontestable dans l'espèce, pour que le fardeau de la preuve incombe au non-

[1] Il est vrai que la saisine du légataire universel, dans l'espèce, procède de la loi, et non de l'envoi en possession, qui n'est qu'une affaire d'exécution. Mais lorsqu'il agit vis-à-vis des héritiers du sang, sans s'être fait envoyer en possession, il ne peut, pour se dispenser de la preuve, invoquer la saisine. Cette prétention serait une véritable pétition de principe, puisqu'il s'agit d'établir la qualité qui peut seule lui attribuer cette saisine.

possesseur. Si les héritiers se plaignent d'avoir été prévenus par l'envoi en possession, n'ont-ils pas aussi quelque négligence à se reprocher, sauf le cas exceptionnel où aucun d'eux ne se trouverait sur les lieux? L'envoi en possession n'est pas une affaire de pure forme [1], et le président doit s'y refuser, si la sincérité de l'écriture lui paraît douteuse. (Rej., 27 mai 1856.) Enfin, si c'est toujours au légataire à faire vérifier l'écriture, où s'arrêter dans cette voie? On pourra donc, pendant trente ans, et même après trente ans, si quelqu'un des intéressés était mineur ou interdit, obliger ce légataire à prouver la vérité de l'écrit, lorsque toutes les preuves auront péri, et qu'une longue possession aura dû lui assurer une parfaite sécurité? Cette dernière considération nous paraît décisive. Ajoutons toutefois, avec la Cour de cassation (Rej., 6 mai 1856), que, s'il y a des indices de fraude, le fardeau de la preuve, même après l'envoi en possession, peut être imposé au légataire.

709. La vérification d'écritures se conçoit comme demande principale, ou comme demande incidente. Le Code de procédure, qui, relativement à l'enquête et à l'inscription de faux, paraît supposer (art. 215 et 252) que ces procédures ne se présenteront jamais que d'une manière incidente, ne considère, au contraire, la vérification d'écritures que comme étant l'objet d'une demande principale. (*Ibid.*, art. 193.) C'est qu'en effet l'édit de 1684, qui était jadis la loi de la matière, avait voulu qu'on ne pût obtenir en justice l'exécution des conventions constatées par actes privés, sans avoir au préalable assigné son adversaire en reconnaissance d'écriture. Seulement, une déclaration de

[1] La pratique tend à admettre (Nancy, 3 février 1870; Montpellier, 3 décembre 1870) que l'ordonnance du président, qui accorde ou refuse l'envoi en possession, est une décision contentieuse, et dès lors susceptible d'appel.

1703 avait autorisé, en matière d'effets de commerce, « à « obtenir condamnation sur de simples assignations dans la « manière ordinaire, sans qu'au préalable il fût besoin de « procéder en reconnaissance, sinon au cas que le défendeur « déniât la vérité des actes. » Il n'est pas douteux aujourd'hui que cette faculté ne doive être accordée en toute matière, la restriction de l'édit de 1684 n'ayant pas été reproduite par le Code de procédure. La jurisprudence (Cass., 7 janvier 1814; Rej., 27 août 1835) consacre à cet égard le système raisonnable, trop souvent méconnu par les praticiens, suivant lequel on ne doit pas considérer comme limitatives les dispositions des lois de procédure, lorsqu'elles prévoient certains cas plus fréquents dans la pratique, sans exclure formellement les autres.

710. La procédure en vérification d'écritures est moins compliquée que celle de faux. Elle comprend trois phases : 1° une procédure préalable tendant à obtenir la reconnaissance de l'écriture, procédure qui n'est nécessaire que lorsqu'on conclut spécialement à la vérification de l'écrit; 2° l'instruction, qui a pour objet de vérifier l'écriture, si elle est déniée; 3° le jugement définitif. Nous dirons quelques mots, en terminant, sur l'application de l'inscription de faux aux actes sous seing privé.

§ 1. PROCÉDURE TENDANT A OBTENIR RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT.

SOMMAIRE. — 711. Mise en demeure de l'adversaire. — 712. Nécessité d'aveu ou de désaveu formel. — 713. Position des héritiers ou ayants cause. — 714. Cas où le défendeur fait défaut. — 715. Jugement qui ordonne la vérification. — 715 *bis*. Portée de la reconnaissance.

711. Ici comme dans la procédure de faux, on a pensé qu'il fallait, avant de procéder à des investigations difficiles et compliquées sur la sincérité de l'écrit, mettre le défendeur en demeure de le dénier ou de le reconnaître. Et on a voulu

simplifier cette procédure préalable dès l'édit de 1684, qui a autorisé le demandeur en vérification à assigner son adversaire à un délai de trois jours seulement. Cette abréviation, reproduite par nos lois (C. de proc., art. 193), a de plus aujourd'hui l'avantage d'emporter dispense du préliminaire de conciliation (*Ibid.*, art. 49, 2°), ordinairement exigé par le droit moderne. Si la demande est formée incidemment, on la notifie, non plus par assignation, mais par acte d'avoué à avoué, en observant le même délai. Mais, ainsi que nous l'avons dit (n° 709), il faut supposer que le porteur de l'écrit conclut spécialement à la vérification, soit que la dette ne soit pas encore échue (loi du 3 septembre 1807, art. 1er), soit, en tout cas, que cette marche lui semble plus utile. Celui qui produit purement et simplement, à l'appui d'une demande principale, un acte sous seing privé, n'est pas obligé de conclure à la reconnaissance de cet acte, tant qu'il n'y a pas de contestation sur ce point de la part de l'adversaire.

712. « Celui auquel on oppose un acte sous seing « privé », dit l'article 1323 du Code civil, « est obligé « d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou « sa signature. » En Angleterre, il lui est permis de garder le silence, sans se compromettre. (Blaxland, *Cod. rer. Angl.*, p. 493.) Notre pratique est préférable; tel plaideur qui ne se ferait pas scrupule de garder le silence, pourra reculer devant un mensonge formel. C'est pour mieux atteindre ce but que la loi de procédure de Genève (art. 232) prescrit, en pareille hypothèse, la comparution personnelle des parties. Elle n'est point indispensable dans le droit actuel (Dijon, 3 avril 1868); mais rien n'empêche nos tribunaux d'ordonner cette mesure, lorsqu'ils la jugent utile à la manifestation de la vérité. Elle est prescrite formellement par le projet de révision. (Art. 181.) Le texte parle du dé-

saveu de l'écriture ou *de la signature*, la signature seule étant exigée pour la validité d'un acte sous seing privé, de même qu'autrefois c'était sur le *sceau*, comme nous l'apprend Beaumanoir (voy. n° 707), que portait le désaveu. Il est évident toutefois que, s'il s'agit d'un billet constatant l'engagement unilatéral de payer une certaine quantité (*ibid.*, art. 1326), on doit provoquer la reconnaissance, non-seulement de la signature, mais encore du *bon* ou *approuvé* exigé par la loi.

713. Néanmoins, on ne peut imposer cette obligation qu'à celui qui est poursuivi comme personnellement signataire de l'acte[1]. « Ses héritiers ou ayants cause », ajoute l'article 1323, « peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne « connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur. » Ici le mot *ayant cause* comprend évidemment, et les successeurs à titre universel, et les successeurs à titre particulier : un acheteur, par exemple, qu'on voudrait évincer de l'immeuble acheté, en invoquant un acte sous seing privé qui aurait une date certaine antérieure à celle de son titre. Il en serait évidemment de même des administrateurs qui représenteraient le signataire, notamment du tuteur de l'interdit.

714. Si le défendeur reconnaît l'écriture, on en donne acte au demandeur. S'il fait défaut, ici, contrairement à la règle générale qui veut que les conclusions du demandeur ne lui soient adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (C. de proc., art. 150), l'écrit est tenu pour reconnu (*ibid.*, art. 194), sauf, bien entendu, le droit de former opposition. Il en est autrement en matière d'enquête : le Code de procédure dit seulement alors (art. 252)

[1] Et même dans les cas exceptionnels où une partie interpellée sur son propre fait se trouve dans des circonstances telles qu'elle puisse l'avoir oublié (n° 412), le défendeur serait reçu à déclarer qu'il ne reconnaît point sa propre écriture, par exemple, si une maladie lui avait enlevé la mémoire.

que les faits, s'ils ne sont ni déniés ni reconnus, *peuvent être tenus* pour confessés ou avérés. C'est que la simple articulation des faits dont la preuve par témoins est offerte, ne suffit point pour rendre probable l'existence de ces faits (voy. n° 256), tandis que la production d'un écrit est une circonstance d'une certaine gravité. On comprend que, le silence de l'adversaire venant se joindre à cette circonstance, la loi moderne, comme l'édit de 1684, présume la sincérité de l'écrit. Mais cette règle n'est pas tellement absolue que le juge ne puisse et ne doive s'en écarter, lorsqu'il s'agit d'un incapable, que le silence de ses représentants ne doit pas compromettre.

715. Enfin, si le défendeur dénie l'écriture, la preuve *peut en être ordonnée*, aux termes de l'article 195 du Code de procédure. Les expressions du Code civil semblent plus impératives : *la vérification en est ordonnée en justice*, dit l'article 1324 de ce Code. Quelques auteurs ont conclu de ces dernières expressions que la vérification est indispensable ; ce qui est vrai en ce sens qu'il est interdit au juge de passer outre, toutes les fois qu'une écriture est déniée, sans s'être prononcé sur la sincérité de cette écriture. (Cass., 6 février 1837.) Mais cela ne veut pas dire qu'il faille absolument une expertise ou une enquête pour faire tomber la foi de l'écrit. Le tribunal doit statuer sur la demande qui lui est soumise, mais il peut le faire sans lenteurs et sans frais, d'après ses propres lumières, lorsque la sincérité de l'écrit lui paraît évidente (Rej., 3 décembre 1839; 26 juillet 1864), ou bien, au contraire, lorsque la fausseté en est palpable. (Rej., 14 mars 1837.) Puisqu'on le décide pour les poursuites en faux, où l'instruction est si compliquée (n° 626 et 639), à plus forte raison doit-on le décider pour la vérification, dont la procédure est beaucoup plus simple.

Suivant le droit commun allemand, il est permis au juge de déférer au défendeur le serment négatoire (*diffessionseid*), et, s'il le prête, la pièce est rejetée du procès sans examen Mais cette pratique, trop favorable au défendeur, ne trouve aucun appui dans nos lois, sauf pour les parties le droit de se déférer le serment décisoire, si elles le jugent convenable.

715 *bis*. Une observation importante, consacrée en loi par le Code italien (art. 1324), c'est que celui qui a reconnu un acte privé, a toujours le droit de produire ses raisons contre le contenu de cet acte, bien qu'il n'ait fait aucune réserve au moment de la reconnaissance. Admettre la validité extrinsèque de l'acte, ce n'est point en approuver le contenu.

§ 2. VÉRIFICATION DE L'ÉCRIT.

SOMMAIRE. — 716. Modes de vérification. — 717. Titres. — 718. Témoins. Faut-il voir dans l'écrit en litige un commencement de preuve? — 719. Sur quels points doivent déposer les témoins. — 720. Rapprochement de l'enquête et de l'expertise. — 721. Expertise. — 722. Formes générales. — 723. Procès-verbal de l'état de la pièce. — 724. Apport des pièces de comparaison. — 725. Quelles pièces peuvent être admises. — 726. Signatures dans les actes publics. — 727. Signatures d'actes privés. — 728. Obligation imposée aux dépositaires de pièces. — 728 *bis*. Admission de pièces étrangères. — 729. Quand ils peuvent s'y soustraire. — 730. Préliminaires. Corps d'écriture. — 731. Travail des experts. Quelle est la foi de l'expertise. — 731 *bis*. Innovation proposée dans le projet de révision.

716. Les modes de vérification sont ici les mêmes qu'en matière de faux. On vérifie l'écrit tant par titres que par experts et par témoins. (C. de proc., art. 195.) Il faut décider également que le concours de ces trois preuves n'est pas exigé, d'abord parce qu'il n'est pas toujours possible, et en second lieu, parce qu'il peut se faire, notamment lorsqu'on prouve par titres, l'écrit privé se trouvant relaté dans un acte authentique, que l'on arrive, au moyen d'un seul mode, à une démonstration parfaitement concluante.

717. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la preuve par titres. Ce mode de vérification est encore ici le

plus sûr et le plus expéditif; malheureusement il n'arrive pas fréquemment qu'on ait occasion d'en faire usage.

718. Quant à la preuve par témoins, on se demande si l'admettre, quelle que soit l'importance du litige, pour vérifier un écrit suspect, ce n'est pas détruire le principe restrictif posé par l'ordonnance de Moulins. Cette objection n'avait pas échappé à Boiceau, le premier commentateur de l'ordonnance. « Certum est », dit-il (part. II, chap. I), « et « communi usu Galliæ receptum, nullam privatam scrip- « turam nullumque chirographum fidem habere, nisi prius « agnoscatur : quod si denegetur, testibus ex necessitate « opus erit, ad probandum signum, vel sigillum manu- « scriptum vel appositum fuisse ab eo qui denegat scrip- « turam; et sic ad testes semper erit recurrendum, immi- « nebitque periculum et suspicio subornandorum testium : « hinc interlocutiones, allegationes et involutiones innu- « meræ, ut antea, locum habebunt. Quocirca hæc lex regia, « hoc respectu, illusoria videbitur et sibi ipsi contraria. » La réponse de Boiceau, qui a été reproduite de nos jours par Toullier, et que nous avons déjà eu occasion de combattre, n'est rien moins que satisfaisante. Elle consiste à dire que l'écrit même, dont il s'agit d'établir la sincérité, est un commencement de preuve, de nature à autoriser l'enquête : *Princeps hanc probationem recipit, propter juris præsumptionem, quæ pro scriptura stare videtur.* Mais c'est là faire une pétition de principe manifeste, puisque le litige porte précisément sur l'écrit : erreur qui, moins grave dans l'ancien droit, lorsque le commencement de preuve par écrit n'était pas encore défini, est bien plus sensible aujourd'hui que la loi a déclaré formellement que l'écrit doit émaner de l'adversaire. (C. civ., art. 1347.) La véritable réponse à l'objection se trouve dans la nature même du principe restrictif de la preuve testimoniale. Le vœu du législa-

teur est qu'un écrit soit rédigé pour constater les conventions des parties, mais comment prouver le fait même de la confection de l'écrit? Ce serait exiger l'impossible que de demander une preuve écrite de cette confection. Car où s'arrêter dans cette voie? Il n'y a donc pas à motiver ici par quelque circonstance exceptionnelle l'admission de l'enquête, puisqu'on ne se trouve pas sous l'empire de la règle, applicable, nous l'avons souvent répété, aux conventions des parties, et non pas aux simples faits, tels que la rédaction d'un acte. Ajoutons que le témoignage de personnes qui ont vu signer l'écrit offre bien plus de garanties que l'art conjectural des experts. « La preuve la plus simple et la « plus facile (*the simplest and most obvious*) », dit Philipps (liv. I, part. II, chap. VIII, sect. 1), « c'est l'attestation « d'un témoin qui a vu signer l'écrit. » Aussi est-il à regretter que nos mœurs n'admettent point l'appel des témoins aux actes privés, usité dans l'ancienne Rome et en Angleterre. (Nos 663 et 665.)

719. Dans l'opinion contraire, il faudrait dire, pour être conséquent, que, puisqu'il y a commencement de preuve par écrit, les tiers peuvent déposer sur l'existence même de la créance, ainsi que cela se pratiquait sans difficulté du temps de Beaumanoir, lorsque la preuve par témoins était indéfiniment admise. Les témoins pouvaient en effet déclarer (ch. XXXV, § 3) « se cil qui a le niance fete avoit « reconnut, par devant bone gent, avant le niance, que cil « avoit ses lettres *et qu'il estoit tenus à li à ce qui est reconnut* « *en la teneur des lettres.* » Quelques arrêts (Douai, 28 juin 1841; Montpellier, 10 juin 1848) ont adopté aujourd'hui la même décision, en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 211 du Code de procédure : « Pourront être en- « tendus comme témoins ceux qui auront vu écrire ou « signer l'écrit en question, ou qui *auront connaissance de*

« *faits* pouvant servir à découvrir la vérité. » Mais ce serait là une violation manifeste de la règle suivant laquelle l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, là où la preuve testimoniale n'est point admissible. (C. civ., art. 1355.) Les faits sur lesquels doit porter l'enquête ne peuvent avoir trait qu'à la confection de l'écrit[1]. Ainsi, les témoins peuvent dire qu'ils reconnaissent l'écriture ou la signature, bien qu'ils n'aient pas vu écrire ou signer l'écrit en question (Rej., 25 juillet 1833); ils peuvent d'ailleurs avoir été appelés immédiatement après la confection de l'écrit, suivant la maxime du moyen âge : *Si in confectione chartæ præsentes non fuerint, sufficit si postmodum, in præsentia donatoris et donatarii, fuerit recitata;* mais il sera interdit de les interroger sur la convention même, indépendamment de l'écrit qui la constate. Si la mission du juge-commissaire peut être délicate en cette occasion, la question de la sincérité de l'écrit se rattachant intimement à celle de la validité de la convention, les principes généraux qui doivent le guider dans sa marche ne sont pas douteux.

720. En se plaçant à un autre point de vue, à celui de la confiance que méritent les experts, on s'est demandé, au contraire, s'il doit être permis, comme le suppose l'arrêt du 25 juillet 1833, d'interroger des témoins n'ayant point assisté à l'acte sur le point de savoir s'ils reconnaissent ou non telle ou telle signature. N'est-ce point là, a-t-on dit, confondre l'enquête avec l'expertise? Il faut néanmoins reconnaître, en fait, que des personnes vivant dans l'intimité du prétendu signataire de l'écrit peuvent souvent donner des renseignements plus certains que des experts fondant leur conviction sur des données abstraites. On sait que

[1] « La déposition des témoins », dit le rapporteur du Tribunat, « doit singulièrement porter sur le fait qu'il s'agit de vérifier, sur la formation matérielle de l'acte. »

l'expertise ne lie point les juges (C. de proc., art. 323), qui peuvent dès lors former leur conviction d'après des renseignements de toute nature. De plus, le législateur, en ordonnant la représentation aux témoins des pièces déniées ou méconnues[1] (*ibid.*, art. 212), indique suffisamment l'intention de ne point tracer une ligne de démarcation absolue entre les fonctions des témoins et celles des experts[2]. Cette doctrine a été consacrée par la jurisprudence dans une espèce fort remarquable. La Cour de Montpellier avait déclaré sincère l'écriture d'un testament olographe, reconnue par un grand nombre de témoins, nonobstant l'avis unanime des experts en sens contraire. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, le 25 juillet 1833, « attendu que la combinaison des articles 211 et 234 du Code de procédure « civile justifie la mesure qui a pour objet de présenter la « pièce signée aux témoins, et de recevoir leurs témoi- « gnages sur cette pièce. »

721. Le troisième mode de vérification est l'expertise, qui consiste ici dans la comparaison de l'écriture contestée avec d'autres écritures, émanées incontestablement du défendeur. Cette comparaison est faite par des experts, c'est-à-dire par des hommes ayant des connaissances spéciales en cette matière.

722. Nous n'avons pas à revenir ici sur les améliorations générales introduites par le droit moderne quant à l'expertise, et dont le Code de procédure (art. 196 et 210) fait l'application à la vérification des écrits : la nomination d'office de trois experts, quand les parties ne sont pas d'accord; la rédaction d'un seul procès-verbal, à la majorité des voix;

[1] *Déniées*, s'il s'agit du prétendu signataire ; *méconnues*, s'il s'agit d'un ayant cause. (N° 713.)

[2] En Angleterre, on impose aux témoins l'obligation d'apporter les pièces utiles au procès, en les convoquant, non pas par le *writ* ordinaire *sub pœna*, mais par le *writ* spécial *sub pœna duces tecum*.

enfin l'indication des avis divers, s'il y a lieu, sans qu'il soit permis de faire connaître l'avis personnel de chaque expert. Occupons-nous de ce qui est spécial aux vérifications d'écritures.

723. Le jugement interlocutoire qui admet la vérification désigne le juge-commissaire devant lequel il sera procédé, et ordonne le dépôt de la pièce, qui doit être signée et parafée du demandeur ou de son avoué, et du greffier, afin que l'identité n'en puisse être douteuse. Le procès-verbal qui constate l'état de la pièce n'est pas dressé, comme en matière de faux, contradictoirement avec le défendeur, ni même par le juge-commissaire. Il est simplement rédigé par le greffier, en présence du demandeur, puis communiqué à l'adversaire. (*Ibid.*, art. 196 et 198.)

724. Le procès-verbal ainsi dressé et communiqué au défendeur, la base de l'expertise se trouve établie. Mais l'appréciation à laquelle doivent se livrer les experts est toute relative. Il s'agit de comparer l'écriture en litige avec d'autres écritures incontestablement émanées du défendeur, qu'on nomme, dans la pratique judiciaire, *pièces de comparaison*. Le juge-commissaire fixe un jour, afin que les parties comparaissent devant lui pour s'entendre sur ces pièces. Au cas de défaut de l'une ou de l'autre des parties, il est statué par le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire. Si le demandeur fait défaut, la pièce est rejetée; le défaut de l'autre partie permet seulement au tribunal de tenir la pièce pour reconnue. (*Ibid.*, art. 199.) Le défaut du demandeur devait avoir des conséquences plus graves, puisqu'il implique de sa part une sorte de rétractation.

Si les parties s'accordent sur les pièces de comparaison, les opérations des experts peuvent commencer immédiatement. Au cas contraire, les pièces sont reçues par le *juge* (*ibid.*, art. 200), c'est-à-dire par le tribunal. En effet, la

rédaction de ce titre ayant été modifiée d'après les observations du Tribunat, on a eu soin d'y employer l'expression de *juge-commissaire*, toutes les fois que la mesure concerne ce juge seul, en réservant la dénomination de *juge* au tribunal tout entier. D'ailleurs l'article 236 du Code de procédure, relatif à l'expertise en matière de faux, qui renvoie précisément à l'article 200, parle du *jugement* par lequel les pièces ont été reçues. Enfin, une considération plus grave encore que ces arguments de texte, c'est que la décision sur l'admissibilité des pièces est loin d'être purement réglementaire; elle préjuge évidemment le fond, et doit dès lors offrir aux parties les garanties d'un jugement interlocutoire. (Bourges, 26 juillet 1832; Metz 4 août et 30 novembre 1869.)

725. Dès le temps de Justinien, on a senti la nécessité de déterminer les écrits qu'il serait loisible au juge d'admettre comme pièces de comparaison [1]. Cet empereur (L. 20, Cod., *De fid. inst.*) ne permit d'admettre à ce titre que les actes publics, ou les actes privés rédigés en présence de trois témoins. Plus tard, dans la Novelle 49, chapitre II, il considéra comme actes publics les actes privés déposés dans les archives, et autorisa l'admission d'écrits privés dressés en présence de moins de trois témoins, lorsque l'adversaire avait lui-même employé ces écrits. Dans la législation anglaise, on n'admet point comme pièces de comparaison des écritures non reconnues par la partie; en Amérique, les diverses législations ne sont point d'accord. (M. Greenleaf, tom. I, pag. 725 et suiv.) Chez nous, on admet comme pièces ayant un caractère authentique (C. de proc., art. 200) :

[1] Il faut remarquer toutefois que ces restrictions ont trait au ministère des experts, et non à celui des juges, qui peuvent se déterminer d'après tout document qu'ils estiment sincère en leur âme et conscience. (Bruxelles, 20 février 1817.)

« 1° Les signatures apposées aux actes par-devant no-
« taires, ou celles apposées aux actes judiciaires en présence
« du juge et du greffier, ou enfin les pièces écrites et signées
« par celui dont il s'agit de comparer l'écriture, en qualité
« de juge, greffier, notaire, avoué, huissier, ou comme fai-
« sant, à tout autre titre, fonction de personne publique;

« 2° Les écritures et signatures privées, reconnues par
« celui à qui est attribuée la pièce à vérifier, mais non
« celles déniées ou non reconnues par lui, encore qu'elles
« eussent été précédemment vérifiées et reconnues être
« de lui.

« Si la dénégation ou méconnaissance ne porte que sur
« une partie de la pièce à vérifier, le juge peut ordonner
« que ladite pièce servira de pièce de comparaison. »

726. En ce qui touche les actes publics, le Code de procédure est moins large que ne l'étaient le droit romain et notre ancien droit. Il distingue entre les signatures apposées à de tels actes par de simples particuliers et celles dont l'auteur faisait fonction de personne publique.

Dans le premier cas, il énumère limitativement les actes qui peuvent servir de pièces de comparaison. Tandis que Pothier (*Proc. civ.*, part. I, ch. III, sect. 2, art. 1) met sur la même ligne que les minutes des actes de notaires, les actes des greffes, les registres des baptêmes, mariages et sépultures, la loi actuelle ne mentionne plus que les signatures apposées aux actes *par-devant notaires*, ou celles qui sont apposées aux actes judiciaires, *en présence du juge et du greffier*. Ainsi, la signature d'une partie sur un acte authentique extrajudiciaire, autre qu'un acte notarié, celle qui serait donnée, par exemple, sur les registres de l'état civil, ne peut plus être employée comme pièce de comparaison [1].

[1] Mais les registres qui avaient un caractère d'authenticité dans l'ancien

La loi ne prescrit, en effet, aux officiers de l'état civil, aucune précaution de nature à garantir l'identité des parties et celle des témoins, ainsi qu'elle le fait en ce qui concerne les notaires. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 2.) De même, les signatures doivent avoir été apposées à un acte judiciaire, non en présence du greffier seul, comme dans le procès-verbal de dépôt d'une pièce à vérifier (C. de proc., art. 196), mais en présence du juge et du greffier, comme dans un procès-verbal d'enquête. (*Ibid.*, art. 275.) Mais ce serait abuser du mot *acte judiciaire* que de ne point admettre les signatures apposées à un procès-verbal de conciliation. Nous avons reconnu (n° 467) que ce procès-verbal a tous les caractères de l'authenticité, caractères indépendants de la force exécutoire, qui seule lui est refusée. Aussi est-on généralement d'accord pour faire figurer parmi les pièces de comparaison les signatures ainsi données en présence du juge et du greffier.

Lorsqu'il s'agit, au contraire, non plus des parties, mais de celui qui a signé[1] l'acte comme personne publique, l'usurpation de fonctions étant beaucoup moins présumable qu'une simple contrefaçon d'écritures privées, on admet la signature apposée à toute espèce d'acte. Dès lors, les registres de l'état civil fourniront d'excellentes pièces de comparaison, lorsqu'il s'agira de vérifier la signature, non plus d'un déclarant ou d'un témoin, mais de l'officier civil même. Il n'est point d'ailleurs nécessaire que le fonctionnaire public

droit, comme ceux des communautés religieuses, peuvent fournir des pièces de comparaison, le Code de procédure n'ayant pu détruire leur caractère pour le passé. (Paris, 2 janvier 1808.)

[1] Le texte porte : *écrites et signées;* mais ces expressions, dans le Code de procédure comme dans l'ordonnance de 1737, doivent s'entendre même de la seule signature. Autrement, on ne pourrait tenir aucun compte de la signature du président sur la minute du jugement, puisque cette minute est habituellement écrite par le greffier.

qui a signé appartienne à l'ordre judiciaire. C'est ainsi que l'on a admis comme pièce de comparaison, pour vérifier l'écriture de son testament, une des nombreuses lettres de cachet délivrées par le duc de la Vrillière, en qualité de ministre d'État sous Louis XV. (Paris, 28 juin 1808.)

726 *bis*. On peut prendre pour pièces de comparaison même des actes authentiques reçus par des notaires étrangers, si leur signature a été dûment légalisée, aux termes de l'ordonnance du 25 octobre 1833. La Cour de Dijon s'est fondée pour le juger ainsi, par l'arrêt du 3 avail 1868, sur ce que « l'article 200 du Code de procédure civile, qui, à « défaut de l'accord des parties, n'admet comme pièces de « comparaison que les signatures apposées aux actes par- « devant notaire, ou aux actes judiciaires en présence du « juge et du greffier, n'a fait aucune exception pour les « actes de même nature passés en pays étranger; qu'une « pareille exception n'aurait pu, en effet, se justifier, puisque « la force probante, étant accordée aux conventions que ces « actes constatent, existe nécessairement et au même degré « en ce qui concerne l'identité des parties qui y ont con- « couru, et que c'est précisément la garantie de cette iden- « tité qui a motivé les dispositions restrictives de l'ar- « ticle 200. »

727. Quant aux écrits privés, notre législation est moins large que celle de Justinien, en ce qu'elle ne fait plus figurer au rang des écritures publiques les actes privés signés par trois témoins; elle est plus large, en ce qu'elle admet toute pièce reconnue par l'adversaire, tandis qu'à Constantinople on exigeait qu'il eût produit la pièce pour être non recevable à la rejeter. Mais, à l'exemple de l'ordonnance de 1737 (art. 14), la loi actuelle confesse bien manifestement l'incertitude de l'art des experts, puisqu'elle ne permet pas d'admettre comme pièces de comparaison les écrits par eux

vérifiés [1]. L'aveu tacite qui résulte de l'absence de dénégation n'est pas non plus assez formel pour qu'on puisse en induire avec certitude la sincérité de la pièce. Les écritures émanées de l'adversaire doivent, du reste, avoir été produites par l'action du même organe qui aurait servi à tracer les caractères de l'écriture méconnue. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Dijon du 10 février 1735 jugea qu'on ne pouvait fournir des pièces écrites de la main droite, pour pièces de comparaison d'une écriture de la même personne, écriture que l'on disait tracée de la main gauche, parce que cette personne, blessée à la main droite, s'était accoutumée à écrire de la gauche.

728. Lorsque les pièces de comparaison sont à la disposition du demandeur, il n'y a pas de difficulté pour en opérer le dépôt. Quand elles sont entre les mains de dépositaires publics ou privés, le juge-commissaire en ordonne l'apport au jour désigné pour la vérification. (*Ibid.*, art. 201 et 202.)

729. Les dépositaires privés ne doivent pas souffrir de l'obligation qui leur est imposée dans un intérêt particulier. Si la production de la pièce entraîne pour eux quelque préjudice, par exemple, le payement d'un double droit d'enregistrement pour contravention aux lois fiscales (Loi du 22 frimaire an VII, art. 22 et 38), le demandeur est obligé de les en indemniser. Il faut même décider, avec Justinien (L. 22, Cod., *De fid. instr.*), et avec Pothier (*Proc. civ.*, Ire part., ch. III, sect. 2, art. 2), que, si la production de l'écrit devait occasionner pour les tiers un dommage irréparable, comme s'il devait en résulter la divulgation d'un secret, ils pourraient être dispensés de représenter la pièce. Quant au défendeur, il est généralement tenu de remettre

[1] « Tel est », dit le rapport au Corps législatif, « l'hommage que la loi rend elle-même à l'incertitude des moyens qu'elle adopte pour découvrir la vérité. »

la pièce qu'il aurait à sa disposition, sans pouvoir invoquer le vieil adage : *Nemo tenetur edere contra se.* Cet adage s'entend de la production des titres qui nous sont défavorables sous le rapport moral, mais non de la production matérielle de pièces qui doivent seulement servir de points de comparaison; sauf toutefois la même exception que nous venons de faire pour les tiers.

730. Aux lieu, jour et heure indiqués par le juge-commissaire pour la prestation de serment des experts, la partie la plus diligente fait sommer par exploit les experts, et les dépositaires, s'il y a lieu, de se trouver réunis. La partie adverse doit être également appelée. Les experts reçoivent d'abord l'investiture de leurs fonctions par la prestation de serment. Puis les dépositaires représentent les pièces de comparaison. (C. de proc., art. 204 et 205.)

A défaut, ou en cas d'insuffisance de ces pièces, le juge-commissaire peut ordonner qu'il sera fait un corps d'écriture dicté par les experts. Le mérite de cette mesure a été contesté. « Ce serait un mauvais expédient », disait Rodier (sur le tit. XII, art. 8, de l'ord.), « que de faire écrire ou « signer la partie devant le juge, pour comparer ensuite « cette écriture avec l'autre, parce que la partie pourrait la « contrefaire. » Le Tribunat a fait également observer que le défendeur, même de bonne foi, pourrait être intimidé, que son écriture pourrait avoir changé. On voit qu'il convient de n'user de cette faculté que comme d'une ressource extrême[1]. Ce qui nous semble essentiel, bien que la Cour de Rennes (16 juillet 1817) n'ait point estimé cette prescription établie à peine de nullité, c'est que le défendeur soit appelé à assister lui-même à la confection du corps d'écriture. (*Ibid.*, art. 206.) C'est la partie intéressée qui peut le

[1] En Autriche, dans le silence de la loi, cette pratique n'est point admise. (M. Gennari, *Teoria delle prove*; § 39.)

mieux surprendre et signaler des poses du corps ou de la main plus ou moins suspectes, comme s'éloignant des habitudes de son adversaire. Que si le défendeur se refuse à faire un corps d'écriture, le juge-commissaire doit dénoncer son refus au tribunal, qui pourra tenir la pièce pour reconnue. (Arg. de l'art. 199, *ibid.*)

Enfin, tous les préliminaires exigés par la loi se trouvant accomplis, il importe que les experts puissent travailler dans le recueillement à l'œuvre importante qui leur est confiée. Les parties doivent donc se retirer, après avoir fait sur le procès-verbal du juge-commissaire — telles réquisitions et observations qu'elles jugent convenables. (*Ibid.*, art. 207.)

731. C'est alors que les experts commencent leurs opérations, en présence, soit du juge-commissaire et du greffier, soit du greffier seulement, suivant ce que le juge-commissaire aura ordonné. (*Ibid.*, art. 208.) Les règles d'après lesquelles ils doivent se guider dans la mission difficile dont ils sont chargés, soit en matière de vérification d'écritures, soit en matière de faux, reposent entièrement sur l'expérience pratique. Le meilleur ouvrage qui existât dans l'ancienne jurisprudence sur ce sujet, est le traité de Raveneau, écrivain juré du parlement de Paris, sur *les inscriptions de faux et la reconnaissance des écritures*, traité qui fut supprimé par un arrêt du même parlement du 10 février 1670, parce qu'en donnant des principes pour découvrir le faux, il enseignait en même temps les moyens de le commettre. Les principaux points sur lesquels doit se porter l'attention des experts, ont été exposés de nos jours dans un opuscule assez lucide de M. Lévêque (*Vérification des écritures*, Agen, 1840), qui paraît pratiquer avec zèle et conscience cet art difficile.

Aujourd'hui que la chimie a fait tant de progrès, et que la coupable industrie des faussaires a mis ces progrès à profit, les experts ne devraient plus être versés seulement dans la

connaissance des écritures, mais assez exercés dans la pratique des manipulations pour pouvoir reconnaître les diverses altérations qu'on a pu faire subir au papier ou aux caractères tracés[1]. Il est donc fâcheux qu'on soit obligé de recourir tous les jours, pour les expertises, à de simples maîtres d'écriture, faute de personnes réunissant à un degré suffisant les deux genres de connaissances requis dans cette matière. Peut-être conviendrait-il dès lors de faire de l'expertise une profession à part, à laquelle on n'arriverait qu'après avoir justifié de sa capacité. Puisqu'on a jugé nécessaire de créer des officiers spéciaux pour apprécier la valeur des meubles, doit-on s'entourer de moins de précautions lorsqu'il s'agit d'une opération moins usuelle, mais bien autrement importante dans ses résultats? On pourrait ainsi rendre moins fréquentes les erreurs qu'ont si souvent présentées les rapports des experts, depuis le célèbre rapport des experts d'Arménie, détruit par la déclaration formelle des témoins, et qui donna lieu à la Novelle 73[2], jusqu'au procès contemporain de La Roncière, où les bévues des maîtres écrivains ont été clairement signalées.

731 *bis*. Ces reproches adressés depuis si longtemps à l'expertise ont déterminé les rédacteurs du projet de révision à proposer une innovation importante dans la procédure de vérification. Le tribunal examinerait lui-même (art. 184) l'écriture déniée et les pièces de comparaison. Il entendrait les parties à l'audience, et ce ne serait qu'à défaut d'éléments suffisants de conviction (art. 185) qu'il pourrait ordonner, soit l'expertise, soit l'enquête. L'enquête aurait lieu

[1] Voy. les détails intéressants donnés sur cette matière, au point de vue chimique, dans le *Traité de médecine légale* de M. Devergie, tom. III, p. 132 et suivantes.

[2] La contradiction des experts avec la déclaration des témoins est devenue si fréquente qu'on n'est plus tenté de dire aujourd'hui, avec Justinien : *quoddam inopinabile ex Armenia nobis exortum est.*

en audience publique, en chambre de conseil, ou au greffe. (Art. 190.) Un corps d'écriture pourrait être dicté par le président (art. 184), lors même qu'une expertise n'aurait pas été ordonnée.

La même marche serait suivie dans la vérification qui se rattache à l'inscription de faux. (Art. 204.)

§ 3. JUGEMENT DÉFINITIF.

SOMMAIRE. — 732. Force comparative des divers modes de preuve. — 733. Abolition proposée de l'hypothèque judiciaire qui s'attache à la reconnaissance et à la vérification de l'écriture. Loi du 3 septembre 1807. — 734. Qui est tenu des frais. — 735. Amende contre celui qui dénie à tort sa signature.

732. Ce n'est qu'avec une extrême précaution que les juges doivent s'attacher aux conclusions de l'expertise. Indépendamment de la preuve par titres, qui est la meilleure de toutes, la preuve testimoniale doit être préférée aux conjectures des experts, quelque instruits qu'ils puissent être. Le témoignage, en effet, atteste directement le fait en question, tandis que la comparaison des écritures ne repose que sur une vraisemblance, sur un calcul de probabilités. *Scriptura ex qua fit comparatio,* dit Balde, *nihil aliud est nisi argumentum a simili et verisimili.* Aussi Justinien avait-il voulu, comme nous l'avons dit, qu'on appelât des témoins aux actes sous seing privé, « ut non in sola scriptura et ejus examinatione « pendeamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium. » (Nov. 73, ch. I.) Nous avons également vu que cette marche est encore suivie aujourd'hui en Angleterre. Dans le conflit de la preuve testimoniale et de l'expertise, Justinien veut que les témoins l'emportent. (*Ibid.,* ch. III) : « Nos quidem « existimavimus ea quæ viva dicuntur voce et cum jure- « jurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam per se « subsistere. » Notre ancienne jurisprudence a rendu de nombreux arrêts dans ce sens. Maintenant les juges sont

parfaitement libres d'accorder telle foi que de raison au rapport des experts, et ils doivent surtout s'en écarter lorsqu'il est combattu par des témoignages positifs. Nous avons déjà cité, à ce sujet (n° 720), l'arrêt remarquable de la Cour de Montpellier, vainement attaqué en cassation le 25 juillet 1833, qui a déclaré sincère un testament, d'après la déclaration des témoins, contrairement à l'avis unanime des experts.

En Autriche, l'expertise qui lie habituellement les juges, ne les lie point en matière de comparaison d'écritures. (M. Gennari, *Teoria delle prove*, § 39.) Suivant la loi de Genève (art. 250 et 251), ils font eux-mêmes la vérification, avec la faculté d'invoquer les lumières d'experts. Telle est également la marche suivie par le jury en Angleterre et aux États-Unis (M. Greenleaf, tom. I, pag. 721 et suiv.); l'idée que le jury n'a point les lumières suffisantes pour procéder à cet examen a été définitivement abandonnée. Ce système a l'avantage de mettre plus en relief le pouvoir qui appartient au tribunal d'examiner lui-même l'écriture : l'expertise technique s'y trouve placée sur le second plan, sans toutefois être exclue, car il ne faut ni abuser des connaissances spéciales, ni les proscrire.

Chez nous il est certain que, même après l'expertise consommée, il est permis aux juges d'ordonner une enquête, ou même une prestation de serment (Rej., 19 décembre 1827), suivant le principe général que nous avons posé sur les interlocutoires. (N° 301.) Mais, en définitive, il n'y a point de motif pour préférer telle ou telle espèce de preuve *à priori*, comme le dit fort bien le tribun Perrin : « Lorsque le légis-« lateur admet trois genres de preuves, il écarte ces subti-« lités de droit par lesquelles on prétendait pouvoir mesurer « l'influence de chacun sur la conviction du magistrat, et

« assujettir sa conscience à la précision du calcul géomé-
« trique; sources éternelles de débats et de raisonnements
« métaphysiques, qui tous viennent échouer contre la variété
« infinie des circonstances, les nuances imperceptibles du
« langage des experts et des témoins, et qui n'avaient d'autre
« utilité que de jeter de l'incertitude dans la jurisprudence
« et d'enfanter des sophismes en faveur de la mauvaise foi.
« Le projet environne le magistrat de tout ce qui peut le
« diriger; il en épure la source, et il laisse à sa conscience
« éclairée par la réflexion et le recueillement, à prononcer
« sur les résultats. » Néanmoins, les sages préceptes de Justinien et de nos anciens auteurs ont conservé l'autorité de la raison et de l'expérience, et, toutes choses égales, on doit admettre l'infériorité de la preuve par experts.

733. Un effet commun à toute reconnaissance ou vérification faite en justice d'un acte sous seing privé portant obligation de la part du souscripteur, c'est d'emporter hypothèque sur tous ses biens présents et à venir. (C. civ., art. 2123.) Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner ici les avantages et les inconvénients de l'hypothèque judiciaire, dont a proposé autrefois la suppression, lorsqu'on s'est occupé de la réforme du système hypothécaire. Faisons seulement remarquer qu'un des arguments les plus graves invoqués par les adversaires de cette innovation, c'est précisément l'utilité pratique, au point de vue du crédit personnel, de ces billets qui, au moyen d'une simple présentation en justice, se transforment, pour ainsi dire, en titres hypothécaires. Sans doute, à ne consulter que la logique, il est bizarre que, les actes authentiques n'ayant plus le privilége de conférer hypothèque, cette prérogative continue d'appartenir aux actes sous seing privé par cela seul qu'ils se trouvent assimilés aux actes authentiques. (*Ibid.*, art. 1332.)

Mais des considérations purement logiques doivent-elles l'emporter sur des motifs puisés dans l'utilité sociale[1]?

Dans tous les cas, ce qui était intolérable, c'est que, d'après le texte du Code civil, qui ne faisait aucune distinction, lors même que la vérification était demandée avant l'échéance, le créancier pouvait prendre immédiatement inscription en vertu du jugement, et se procurer ainsi, au moyen d'un simple billet, une hypothèque générale, que le débiteur n'avait jamais eu l'intention de lui accorder. Renouvelant une déclaration de janvier 1717, la loi du 3 septembre 1807 a fait cesser cet abus, en ordonnant qu'il ne fût pris aucune inscription hypothécaire, en vertu d'un pareil jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après l'échéance.

734. De plus, d'après l'article 193 du Code de procédure, le demandeur devait supporter sans distinction tous les frais, dans le cas où le défendeur ne déniait pas sa signature. Mais l'article 2 de la loi de 1807 distingue entre les frais de jugement et ceux d'enregistrement. Les premiers demeurent à la charge du créancier, toutes les fois que le débiteur ne dénie pas sa signature; l'événement a prouvé que la précaution du créancier était superflue, et peu importe sous ce rapport que le payement n'ait pas eu lieu à l'échéance. Il n'en est pas de même en ce qui touche les frais d'enregistrement. Dès que le débiteur n'a pas payé à l'époque indiquée, le créancier a dû produire l'acte en justice, et, par conséquent, le faire enregistrer. C'est à

[1] « L'abolition de l'hypothèque judiciaire », a dit le président du tribunal de commerce de la Seine (discours de rentrée du 27 décembre 1851), « faciliterait la liquidation de quelques successions qui pourraient se trouver sous le coup d'hypothèques judiciaires; mais est-ce une raison pour abolir une institution qui est pour le commerce la base d'un crédit pour ainsi dire incalculable? »

l'adversaire à supporter les frais d'une mesure qu'il a rendue par le fait indispensable.

735. Celui qui dénie mal à propos sa signature, est condamné à cent cinquante francs d'amende, outre les dommages et intérêts et les dépens. Cette amende est fort ancienne dans notre droit. On la retrouve, en tenant compte de la différence de valeur du numéraire, dans Beaumanoir. (Chap. XXXV, § 4.) « Moult est vilaine coze de nier son « seel, et por ce en est le paine grans de celi qui en est « atains, car il en est renommés de triquerie, et l'amende « en est au souverain de soissante livres. » De plus, la mauvaise foi du demandeur amenait un redoublement de rigueur contre lui, dans l'exécution des diverses condamnations qu'il encourait. La loi le déclarait, pour toutes ces condamnations, contraignable par corps. (C. de proc., art. 213.) La loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et en matière de commerce.

§ 4. INSCRIPTION DE FAUX QUANT AUX ÉCRITS PRIVÉS.

SOMMAIRE. — 736. Faculté de substituer la procédure de faux à la vérification. — 737. Quand cette procédure devient nécessaire. — 738. Véritable sens de l'article 214 du Code de procédure. — 739. Marche ordinaire.

736. Si la partie à qui on oppose une écriture privée peut simplement la dénier ou la méconnaître, en laissant la vérification à la charge de l'adversaire, c'est là une faculté introduite en sa faveur, dont il lui est libre de se départir. Elle peut donc, si elle le juge convenable, procéder comme s'il s'agissait d'un acte authentique, et prendre la voie de l'inscription de faux, qui, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, s'applique à toute nature d'écrits. (Ord. de 1737, tit. II, art. 1er; C. de proc., art. 214.) Mais il arrivera rarement, à moins qu'on ne veuille rechercher les traces du

faux, afin de préparer les éléments d'un procès criminel, qu'on échange ainsi volontairement le rôle de défendeur contre celui de demandeur, dans une procédure pénible et compliquée.

737. Toutefois l'inscription de faux peut être nécessaire pour faire tomber la foi d'un écrit privé : c'est lorsqu'il a été vérifié en justice. La loi, qui n'a pas voulu admettre au nombre des pièces de comparaison les écrits dont la sincérité n'est établie que par la voie suspecte de la vérification d'écritures (*ibid.*, art. 202, 2°), a dû, pour être conséquente, permettre aux intéressés de s'inscrire en faux contre ces mêmes écrits. Un arrêt du parlement de Paris, du 12 juin 1691, a reçu effectivement l'inscription, malgré plusieurs vérifications faites antérieurement de la pièce en litige. « Et ne serait-ce pas encourager le crime », dit l'orateur du Tribunat, « si une simple vérification, dirigée par le cou-« pable lui-même, pouvait lui assurer l'impunité? » Il est vrai que le ministère public ne serait pas désarmé. Mais les indices du faux n'apparaissent souvent avec évidence qu'à la suite des poursuites civiles. L'espèce s'est présentée d'ailleurs de nos jours devant la Cour de cassation. (Rej., 22 mars 1869.)

« Celui qui prétend », dit l'article 214 du Code de procédure, « qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite, « est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'in-« scrire en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit « avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'au-« tres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou « incident, et qu'en conséquence il soit intervenu un juge-« ment sur le fondement de ladite pièce comme véritable. »

738. Cet article n'est que la reproduction des articles 1 et 2 du titre II de l'ordonnance de 1737 sur le faux. Il faut donc l'interpréter comme on interprétait cette ordon-

nance. Dès lors il ne faut pas donner une portée exagérée à la restriction indiquée par ces expressions : *à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident*, et s'imaginer que le jugement rendu sur cette poursuite aurait l'autorité de la chose jugée contre les tiers, s'il avait déclaré la pièce véritable. Les commentateurs de l'ordonnance (voy. Serpillon, sur l'art. 2 de l'ord. de 1737, tit. II) ne voient dans ces expressions que l'application de la maxime *Non bis in idem*, c'est-à-dire la défense de s'inscrire en faux pour la partie qui a déjà succombé dans une procédure de faux sur la même pièce. Rien n'indique que les rédacteurs du Code de procédure, en reproduisant les mêmes termes, aient eu l'intention d'innover. Les droits des tiers demeureront donc intacts. Si le faux n'a été instruit que civilement, la chose jugée ne pourra avoir effet qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance. S'il y a eu des poursuites criminelles, nous verrons, en traitant de la chose jugée, l'influence que peuvent avoir ces poursuites sur les droits des tiers. Dans tous les cas, il est impossible d'admettre l'autorité absolue qu'une interprétation littérale attribuerait à toute décision civile ou criminelle qui aurait déclaré véritable une pièce argüée de faux[1].

739. La procédure de faux sera du reste absolument la même, quand il s'agira d'un écrit sous seing privé, que s'il était question d'un acte authentique.

[1] Dans le système du projet de réforme, qui assimile la procédure de faux à celle de vérification d'écritures, la restriction de l'article 214 n'a plus de raison d'être. Aussi l'article 197 du projet déclare-t-il simplement l'inscription de faux non recevable contre un acte privé, *dont la vérification a été faite entre les mêmes parties*, ou sur une poursuite criminelle en faux.

DEUXIÈME SECTION.

ÉCRITURES NON SIGNÉES.

SOMMAIRE. — 740. Elles ne font foi, en principe, que contre leur auteur. — 740 *bis*. Quand la production de ces écritures peut constituer un faux. — 741. Deux natures d'écrits non signés. — 742. Cas où les registres domestiques font foi contre l'auteur de l'écriture. — 743. Dans quelle mesure ils peuvent être invoqués en sa faveur. — 744. Feuilles volantes. — 745. Notes signées. Lettres missives. — 746. Production des registres. — 747. Écriture se rattachant à un titre. — 748. Mentions tendant à la libération. Doctrine de Pothier. — 749. Cette doctrine a-t-elle passé dans le Code? — 750. Faut-il que le titre soit demeuré en la possession du créancier? — 751. Mention sur une pièce destinée à demeurer en la possession du débiteur. — 752. Résumé. — 753. Cas où la mention a été rayée après coup. — 754. Écriture tendant à établir un supplément de créance. — 755. Foi des notes non signées, en dehors des hypothèses prévues par la loi. — 756. Nécessité de vérifier l'écriture.

740. Un acte sous seing privé, nous l'avons dit, n'est en général valable, d'après nos lois, qu'autant qu'il est revêtu de la signature de la partie qui s'oblige. Néanmoins les écritures non signées peuvent, dans certaines circonstances, faire foi contre celui qui en est l'auteur, mais jamais en sa faveur. (C. civ., art. 1331.) « Exemplo perniciosum « est, ut ei scripturæ credatur qua unusquisque adnota- « tione propria debitorem sibi constituit. » (Gord., L. 7, Cod., *De probat.*) Aussi la Cour suprême a-t-elle cassé, le 2 mai 1810, un jugement qui avait permis de déférer le serment supplétoire à une partie n'ayant que des livres domestiques par elle tenus pour justifier de sa créance. Il y avait exception à Rome pour les *nomina transcriptitia*, d'où naissait l'obligation littérale, et il y a encore exception chez nous pour les registres des marchands, dont nous parlerons en traitant de la preuve préconstituée au profit du demandeur.

740 *bis*. Puisque les registres domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les tient, le fait seul de tenir des registres domestiques altérés, s'il n'en a point été fait usage, ne saurait, comme la confection d'un acte public ou privé où la vérité serait altérée (comp. Cod. pén., art. 147, 148, 150, 151), constituer le crime de faux. (Cass., 27 janvier 1827.) Mais il en est autrement lorsque la falsification

du registre a eu lieu en vue d'une production préjudiciable à autrui, notamment devant un arbitre rapporteur, et qu'en réalité cette production a été effectuée. « Si les énonciations « d'un registre de cette nature », dit la Cour de cassation (Rej., 7 octobre 1858), « ne peuvent, d'après l'article 1331, « former un titre pour celui de qui elles émanent, il peut « en résulter des présomptions ou des indices nuisibles aux « tiers. »

Cette décision s'applique *à fortiori* aux livres de commerce, qui peuvent faire foi contre les commerçants, même lorsqu'ils sont irréguliers. (N° 717.) Les Cours de Lyon et de Bourges ayant refusé de voir un faux dans l'espèce, la Cour de cassation s'est prononcée contre leur doctrine, toutes sections réunies, le 22 juillet 1862.

741. Les écritures privées non signées, susceptibles de faire foi contre celui qui en est l'auteur, sont de deux natures. Les unes consistent dans les documents, plus ou moins réguliers, à l'aide desquels un particulier établit l'état de ses affaires; les autres dans certaines mentions se rattachant à un titre en règle, dont elles tendent à modifier ou à détruire les effets.

742. Parlons d'abord des écritures qui se trouvent sur les registres domestiques. Rédigées par un particulier qui veut se rendre compte de ses affaires, mais sans être astreint à aucune forme, à aucun ordre régulier, elles ne peuvent habituellement qu'être tout au plus un commencement de preuve par écrit. Boiceau (part. II, chap. VIII, n° 14) leur accorde néanmoins foi entière, lorsqu'elles énoncent un payement reçu : *Secus, si talis confessio etiam non subsignata vergat ad liberandum.* Cette première exception, reproduite par le Code civil (art. 1331), se justifie soit par la faveur de la libération, soit par l'extrême vraisemblance, en fait, de la réalité du payement, qu'il n'est guère d'usage d'inscrire

avant qu'il ait eu lieu. La Cour de cassation a même admis, le 9 janvier 1865, la foi d'une mention de payement faite par le débiteur lui-même sur le registre du créancier, mais au vu et su de ce dernier. — Une seconde exception, que les rédacteurs du Code ont empruntée à Pothier (*Oblig.*, n° 759), existe dans le cas où le registre du débiteur contient la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel l'obligation est contractée : comme s'il était dit que le créancier n'a pas voulu recevoir de billet. La mention, en ce cas, n'étant plus simplement, pour celui qui l'a faite, un moyen de se reconnaître dans ses comptes, mais devant tenir lieu de titre au créancier, il est à supposer qu'on prendra soin de la rayer, lorsque l'obligation sera éteinte. Dans l'espèce précédente, au contraire, la radiation faite après coup de la mention du payement sur le registre ne pourrait en général détruire la preuve qui résultait de cette mention. Mais le créancier est recevable à justifier de son erreur, et jamais d'ailleurs les énonciations portées dans des papiers purement domestiques n'ont la foi des actes authentiques ou sous seing privé; la prohibition de prouver contre et outre le contenu aux actes (art. 1341), qui n'est pas applicable aux écritures de commerce, l'est encore moins aux registres domestiques.

743. Les registres ne font jamais foi en faveur de celui qui les tient, en ce sens seulement qu'il ne peut y puiser un titre de créance, même de nature à autoriser le serment supplétoire. Mais, si la même mention énonce la formation de la créance et un payement total ou partiel, elle ne peut pas plus être scindée que si elle se trouvait sur les registres d'un marchand. (Art. 1329.) Il en serait autrement si à la mention qui constate l'extinction de la créance se rattachait la mention d'une dette contractée en faveur du débiteur par

son ancien créancier : les deux mentions peuvent parfaitement s'isoler. (Cass., 16 décembre 1833.) Ce n'est là, du reste, que l'application des règles ordinaires sur l'indivisibilité de l'aveu. (N° 356.)

Au surplus, de ce que les papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a rédigés, il ne faudrait point conclure qu'ils ne peuvent être employés que contre lui. Le Code civil lui-même (art. 46, 324) signale ces papiers comme pouvant suppléer aux registres de l'état civil. Et lorsque le père de famille a tenu des comptes réguliers, on peut puiser dans ces comptes les renseignements nécessaires pour régler sa succession entre ses enfants. Les papiers domestiques ont donc plus d'importance que ne le ferait supposer le texte de l'article 1331.

744. La loi parle de registres et de *papiers domestiques*. En général, on attachera plus d'importance aux mentions que portent des livres ou carnets destinés à être conservés qu'à de simples notes sur feuilles volantes. Mais les termes de la loi comprennent les papiers domestiques de toute nature, et il serait peu raisonnable de repousser d'une manière absolue l'autorité des feuilles volantes, surtout dans l'opinion de ceux qui, comme nous, n'exigent point, à peine de nullité, l'inscription sur un registre des actes de l'état civil. (N° 527.) D'abord, incontestablement, les juges, ayant un pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce qui constitue un commencement de preuve par écrit, peuvent trouver ce caractère dans un écrit quelconque, pourvu qu'il soit de la main du débiteur. Il y a plus de difficulté dans le cas où les papiers doivent faire pleine foi contre celui qui les a écrits. Le tribunal doit examiner avec soin les circonstances de la cause et les habitudes de celui qui a rédigé la mention. Ainsi, on doit admettre plus facilement l'autorité de la feuille volante, lorsqu'il y a mention expresse que la note a

été faite pour suppléer le défaut de titre, que s'il y a seulement énonciation d'un payement reçu; cette énonciation pourrait n'être qu'un projet de quittance, rédigé par le créancier en vue d'un payement qui ne s'est point réalisé. Il en serait autrement si la même énonciation figurait dans un inventaire, tel que les particuliers en font souvent sur feuille volante pour se rendre compte de leur situation.

745. Si la note par laquelle je me reconnais débiteur d'un tiers est signée, cette signature équivaut, selon Boiceau et selon Pothier (*loc. cit.*), à la mention expresse que les parties ont voulu suppléer au défaut de titre. L'opinion de ces auteurs, quelque raisonnable qu'elle soit, n'ayant pas été reproduite par le Code civil, les juges peuvent, suivant les circonstances, voir dans la note signée une preuve complète, ou un commencement de preuve par écrit. (Rej., 31 mai 1842.) Du reste, les écritures signées le plus en usage, en dehors des actes sous seing privé en forme, ce sont les lettres missives, dont nous avons apprécié la valeur en justice. (N° 695.) Ces lettres, si celui qui les a écrites avait l'intention de s'obliger, équivalent à des actes en forme. Aussi sont-elles soumises à un droit de deux francs par la loi du 28 avril 1816 (art. 43, 14°), lorsqu'elles ne contiennent aucunes conventions donnant ouverture au droit proportionnel.

746. Les dispositions de nos lois sur la foi des registres domestiques semblent supposer que l'une des parties peut contraindre l'autre à exhiber ses registres. Il est évident néanmoins qu'on ne saurait ici, comme en matière commerciale (C. de comm., art. 15 et 17), ordonner, même d'office, la représentation des registres de l'adversaire, puisque les particuliers ne sont pas obligés d'en tenir. Le refus de représentation ne pourrait pas non plus, à lui seul, autoriser le juge à déférer le serment au demandeur. Seu-

lement, si l'existence de pareils livres est établie en fait, ce qui arrivera le plus souvent à la suite d'inventaires, le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour en ordonner la production; mais ce n'est jamais pour lui une obligation légale. (Rej., 15 février 1837.)

747. L'écriture non signée a beaucoup plus d'importance lorsqu'elle se rattache à un titre préexistant. « Avoir « mis cette écriture sur le titre même », dit Bigot-Préameneu (Exposé des motifs), « c'est lui en avoir donné la « force; c'est une sorte de déclaration faite ici à la justice, « sous les yeux de laquelle ce qui a été ainsi écrit sur le « titre ne peut être divisé. » La mention faite sur ce titre peut tendre, soit à prouver l'extinction de la créance constatée par ce titre, soit, au contraire, à établir une créance additionnelle. Le premier de ces cas est le seul qui ait été prévu par nos lois.

748. En ce qui touche les écritures tendant à la libération du débiteur, portant, par exemple, *reçu* ou *pour acquit*, voici quelle était la doctrine de l'ancien droit, telle du moins qu'elle a été formulée par Pothier. (*Oblig.*, n°s 761 et 762.) Suivant ce jurisconsulte, lorsque des écritures non signées, tendant ainsi à établir la libération, sont mises à la suite, en marge ou au dos d'un écrit signé, il faut distinguer si l'acte n'a jamais cessé d'être en la possession du créancier ou s'il est en la possession du débiteur. Dans le premier cas, l'écriture tendant à la libération fait foi, de quelque main qu'elle ait été écrite, fût-ce même de celle du débiteur, parce qu'il est plus que probable, dit-on, que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet, s'il n'y avait pas eu en réalité payement. Dans le second cas, l'écriture ne fait foi que si elle est de la main du créancier; il ne doit pas être au pouvoir du débiteur de se libérer, en faisant écrire le reçu par un tiers.

749. Ce système est-il celui du Code civil? Il est difficile de le croire, lorsque l'on compare la rédaction définitive, votée par le Conseil d'État, avec le projet de Code, qui était conçu en ces termes : « L'écriture sous seing privé « mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est « toujours resté en la possession du créancier, quoique non « signée, ni datée par celui-ci, fait foi, lorsqu'elle tend à « établir la libération du débiteur. » C'était bien là consacrer la doctrine de Pothier. Mais la section de législation a singulièrement modifié cette rédaction, en y ajoutant les mots *par le créancier*, qui ont passé dans le texte du Code. Des auteurs graves, dont nous avions d'abord partagé l'opinion, n'ont vu dans cette addition qu'un simple *lapsus*, une répétition involontaire de ce qui avait été utilement ajouté, comme nous allons le voir, dans la seconde partie de l'article 1332. Mais il faut observer que la rédaction du projet avait été combattue par le tribunal d'appel de Bordeaux, suivant lequel « toute note mise à la suite, en marge ou au « dos d'un titre, ne doit jamais constater la libération, si « elle n'est écrite de la main du créancier, ou du moins « signée par lui. » Il est bien à croire que c'est à cette idée que se sont arrêtés les rédacteurs du Code. Quelle que soit l'autorité de Pothier, peut-elle prévaloir sur la lettre de la loi? Sans doute il est éminemment vraisemblable que l'écriture mise sur un titre qui est toujours demeuré en la possession du créancier, n'y a été mise que de son consentement. Mais le contraire a pu arriver, pendant une maladie par exemple. Il n'est donc pas permis de transformer en présomption de droit une simple vraisemblance, en s'attachant trop exclusivement aux traditions de l'ancien droit. (Voy. Colmar [1], 6 mars 1816.)

[1] Dans l'espèce jugée par la Cour de Colmar, la mention était l'œuvre du débiteur lui-même; Pothier étend, en effet, comme nous venons de le voir, la présomption jusqu'à cette hypothèse. (*Oblig.*, n° 761.)

750. D'une autre part, lorsque l'écriture est de la main du créancier, il semble parfaitement inutile d'exiger que le titre soit *toujours resté en sa possession*, ainsi que le suppose le texte. Aussi y a t-il des auteurs qui, tout en maintenant purement et simplement dans l'article 1332 ces mots, *par le créancier*, n'attachent aucune importance au fait de la possession du titre par ce même créancier. C'est là, suivant eux, un vestige du projet de Code, suivant lequel cette possession était indispensable, précisément parce que l'écriture pouvait être de la main d'une personne quelconque. Dès que c'est le créancier lui-même qui a fait la mention libératoire, à quoi bon exiger que le titre soit demeuré en sa possession? N'y a-t-il pas un argument *à fortiori* à tirer de la présomption de libération qui s'attache à la simple remise du titre? (C. civ., art. 1282.)

Nul doute qu'une pareille mention ne rende éminemment probable la libération du débiteur. Mais ce n'est encore là qu'une probabilité, et il est possible que le titre portant cette mention ait été confié à un tiers chargé du recouvrement de la créance; car, s'il avait été remis au débiteur, le fait seul de la remise emporterait libération, et la mention serait surabondante : ce qui répond au prétendu argument *à fortiori* tiré de l'article 1282. Dès que nous faisons abstraction de l'ancienne doctrine pour nous attacher strictement au texte du Code, il est certain que la présomption de droit n'existe qu'autant que le titre est demeuré en la possession du créancier. Que s'il a passé en d'autres mains, la mention est toujours au moins un commencement de preuve par écrit, et les juges peuvent prononcer la libération du débiteur, en se fondant sur la preuve testimoniale ou sur des présomptions de fait : ce qui empêche que l'application littérale de la loi n'ait de graves inconvénients dans la pratique.

751. Le Code suppose ensuite, avec Pothier (*ibid.*, n° 762), que l'écriture tendant à établir la libération a été mise sur une pièce destinée par sa nature à demeurer entre les mains du débiteur : par exemple, en marge du double d'un acte de vente, qui serait entre les mains de l'acheteur débiteur du prix, ou bien à la suite d'une quittance précédente régulièrement signée, que le débiteur aurait également en sa possession. Ici, on a dû exiger, même dans l'ancienne doctrine, que l'écriture fût mise par le créancier, puisque autrement la fraude eût été trop facile pour le possesseur de l'écrit : aussi le Conseil d'État a-t-il rétabli les mots *par le créancier*, omis, involontairement sans doute, dans le projet de Code.

Le législateur veut ici que l'écrit auquel a été ajoutée la mention libératoire soit entre les mains du débiteur[1]. Des doutes se sont élevés sur ce point, à raison de l'expression vague *double d'un titre*, qui est employée par la loi. Il est par trop évident que, s'il s'agit du double de l'acte de vente possédé par le vendeur créancier du prix, l'écriture mise par lui à la suite de ce double fait foi de la libération de l'acheteur. Mais nous retombons alors dans l'hypothèse prévue par le premier alinéa de l'article 1332. Pour comprendre le texte du Code, il faut se reporter au passage correspondant de Pothier, où il n'est question que du double du traité de vente *qui se trouve entre les mains de l'acheteur débiteur du*

[1] Le remaniement de la rédaction de l'article 1332 a été fait d'une manière inexacte, qui n'a pas peu contribué à l'obscurité du second alinéa de cet article. Après avoir mentionné le double d'un titre ou bien la quittance, il eût fallu ajouter : Pourvu que ce double ou *cette quittance* soit entre les mains du débiteur, tandis que le texte, portant simplement : « pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur », pourrait faire supposer qu'il s'agit du double d'un titre ou du *double d'une quittance*, ce qui est inadmissible, une quittance ne se faisant jamais en double original. Mais toute difficulté s'évanouit si l'on se réfère au passage de Pothier (n° 762), qu'évidemment cette fois le législateur a voulu reproduire.

prix. En ce qui concerne l'écriture ajoutée par le créancier à ce double ou à une quittance précédente, seuls cas que le législateur ait eu en vue, la condition que la pièce soit entre les mains du débiteur se conçoit parfaitement. « Au-« trement », dit M. Demante (*Programme*, t. II, n° 809), « on pourrait supposer que le débiteur a remis au créancier « un double ou sa quittance précédente, en vue d'un paye-« ment annoncé, pour faire préparer la quittance, et que « celui-ci n'a retenu la pièce (après avoir fait la mention) « que parce que le payement n'a pas été effectué. »

752. En résumé, la législation moderne, à la différence de l'ancien droit, n'attache point d'importance à la mention libératoire ajoutée à un titre par toute autre personne que le créancier. En supposant que la mention a été faite par le créancier, il faut distinguer si la pièce à laquelle on l'a ajoutée devait demeurer en la possession du créancier ou bien en celle du débiteur. Dans le premier cas, la mention fait pleine foi, si la pièce est toujours demeurée en la possession du créancier. Dans le second cas, il faut, au contraire, que la pièce soit entre les mains du débiteur. Enfin, lors même qu'il n'y a point présomption légale de libération, les juges auront à examiner si l'écriture, étant de la main du créancier, ne doit pas être considérée comme un commencement de preuve, susceptible d'être complété au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions.

753. Supposons maintenant la mention libératoire rayée après coup. S'il s'agit de la quittance mise par le créancier sur un titre qui est demeuré en la possession du débiteur, elle ne fait point foi, si elle est barrée. Le débiteur ne l'eût point laissé rayer, si le payement avait eu lieu effectivement, et il est probable qu'elle avait trait à un projet de payement qui ne s'est point réalisé. Telle était la doctrine de Pothier (*Oblig.*, n° 762), qui est encore suivie aujour-

d'hui sans difficulté. Il n'en est plus de même lorsque ce jurisconsulte ajoute (*ibid.*, n° 761) que les écritures mises par le créancier au bas d'un acte demeuré en sa possession font foi, lors même qu'elles ont été barrées, parce qu'il ne doit pas dépendre de lui ou de ses héritiers de détruire la preuve du payement. C'est là une pétition de principe, car il peut fort bien se faire, comme dans l'espèce précédente, que la mention ait eu lieu en vue d'un payement qui ne s'est point effectué. Aussi décide-t-on généralement que la mention rayée doit être considérée comme non avenue, sauf au débiteur à faire la preuve du dol, s'il y a lieu.

754. Le cas où l'écriture non signée tendrait à établir un supplément de créance n'est pas prévu par nos lois. Boiceau (part. II, chap. II, n° 3) fait sur ce point une distinction fort raisonnable. Ou bien l'écriture ajoutée au billet après la signature est un développement de la précédente obligation, comme s'il est dit : Je m'engage de plus à servir tels intérêts, ou à rembourser la créance à telle échéance; alors l'addition se confond avec la disposition principale. Il y a alors, suivant Boiceau, *unus et continuatus actus, ad idem signum pariter relatus*. Ou bien, au contraire, l'addition est tout à fait indépendante de l'écrit signé, et alors le fait que cette addition n'a pas été signée également, doit la faire considérer comme un simple projet, auquel on n'a pas donné suite : *Nudam tantum et imperfectam scripturam*, dit Boiceau, *in qua fortasse scribens perseverare noluerit.* Reproduite littéralement par Pothier (n° 763), cette doctrine n'est, sans doute, pas obligatoire pour les juges dans le silence du Code; mais les décisions qui l'adopteraient ne pourraient être regardées comme illégales, puisque les actes sous seing privé n'ont rien de solennel, et que, si l'on doit exiger dans un testament olographe que tout soit terminé par la signature du testateur, il n'y a pas même raison de

décider pour les autres écrits privés, qui ne sont assujettis à aucune forme déterminée.

755. En dehors des hypothèses que nous venons de parcourir, une note non signée peut valoir tout au plus comme un commencement de preuve par écrit, afin d'admettre la preuve testimoniale, si le tribunal le juge convenable. C'est ainsi que la Cour de Paris, le 6 mars 1854, a refusé de donner suite à la réclamation d'un notaire fondée sur une note non signée, dans laquelle un défunt lui avait attribué la propriété de 62,000 francs en billets de banque, aucun indice ne justifiant du transport de cette propriété à titre onéreux, et la note ne pouvant équivaloir même à un don manuel. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 30 juillet 1855. Mais nous croyons que la Cour de Paris n'a pas été assez loin, lorsqu'elle n'a vu (arr. du 26 janvier 1867) qu'un commencement de preuve par écrit de la propriété du titre dans une note non signée, mais écrite de la main du détenteur, attachée à un titre au porteur. Elle a permis seulement, en ce cas, à la personne désignée dans la note, de prouver contre la maxime : En fait de meubles possession vaut titre (Cod. civ., art. 2279); tandis qu'il eût été plus exact de voir dans la note, dont l'écriture n'était point contestée, un aveu de la précarité dans la possession, qui faisait cesser l'application de la maxime. (Comp. Cass., 24 avril 1866.)

756. Dans tous les cas, il est bien entendu que l'écriture, si elle est contestée, doit être vérifiée, puisqu'un écrit non vérifié, ni reconnu, ne peut pas même servir de commencement de preuve. Et peu importe que la nature de la note rende difficile la preuve de son authenticité. De simples chiffres peuvent même, ainsi que l'a jugé autrefois un arrêt du conseil du 23 juin 1773, être vérifiés dans la forme ordinaire. La difficulté de la preuve ne saurait détruire le

principe constant qui ne permet d'admettre aucun écrit dont la sincérité n'est pas reconnue.

TROISIÈME SECTION.

TAILLES.

SOMMAIRE. — 757. Foi des tailles. — 758. Ne point s'attacher au taux de la preuve par témoins. — 759. Foi à l'égard des tiers. — 760. *Quid* si l'échantillon n'est point représenté ? — 761. Tailles en matière pénale. — 762. Jetons et *méreaux*.

757. Le mot *taille*, qui vient du latin *talea* (c'est-à-dire, suivant Ducange, *ramus incisus*), désigne un morceau de bois fendu en deux parties égales. L'une des moitiés, qui conserve le nom de *taille*, est gardée par le fournisseur; l'autre moitié, qui est remise au consommateur, reçoit le nom d'*échantillon*. Au moment de la fourniture, on rapproche la taille de l'échantillon, et on y fait des entailles transversales, que l'on nomme *coches*. La taille et l'échantillon servent à se vérifier mutuellement, comme autrefois les chartes-parties. (N° 683.)

Lorsque les deux moitiés sont représentées et se correspondent, les fournitures se trouvent constatées par l'aveu du consommateur, tout aussi bien que si cet aveu était consigné dans un acte authentique.

Les tailles corrélatives à leurs échantillons », dit l'article 1333 du Code civil, « font foi entre les personnes qui sont « dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font « ou reçoivent en détail. »

Le texte suppose la *taille*, c'est-à-dire l'exemplaire demeuré entre les mains du fournisseur, *corrélative à l'échantillon* : hypothèse analogue à celle où les livres de deux commerçants se trouvent d'accord. S'il n'y a qu'un accord partiel, les tailles font foi jusqu'à concurrence du nombre de *coches* qui se retrouve de part et d'autre; les autres en-

tailles sont censées provenir de quelque erreur ou de quelque accident.

758. Il faut décider, avec Boiceau (part. II, chap. IX, § 7), ce qui résulte, du reste, des termes généraux de la loi, que, même au-dessus du taux fixé pour l'admissibilité de la preuve testimoniale, c'est-à-dire, dans le droit actuel, au-dessus de cent cinquante francs, les tailles doivent faire foi entre les parties. Suivant Boiceau, il serait trop dur, la valeur des fournitures ne dépassant point habituellement le taux légal, d'exclure la preuve testimoniale parce que ce taux se trouverait dépassé, même à l'insu des parties. Mais il est plus exact de dire, avec Pothier (*Oblig.*, n° 765), que les tailles constituent une espèce de preuve littérale; et c'est en effet sous la rubrique de la *preuve littérale* que le Code traite des tailles.

759. Faut-il en dire autant vis-à-vis des tiers? Boiceau nous rapporte (même chap. IX) que l'affirmative fut décidée de son temps, dans une espèce où un boucher, qui avait fourni des peaux à un tanneur, fut autorisé, non pas seulement à venir par contribution avec les autres créanciers, mais même à exercer la revendication de ces peaux, faute de payement du prix; le tout, sur la foi de tailles corrélatives aux échantillons. Danty (addit. sur ce chap.) refuse, au contraire, toute foi aux tailles à l'égard des tiers; et cette divergence d'opinion s'explique historiquement, les principes sur la certitude de la date n'étant pas encore bien établis dans le temps où Boiceau écrivait. La décision de Boiceau doit toutefois être admise sans difficulté dans l'espèce qu'il cite; car il s'agissait des rapports d'un tanneur et d'un boucher, et il est constant que, dans les relations commerciales, on n'exige pas de date certaine, même à l'égard des tiers. (N° 702.) De marchand à particulier, l'opinion de Danty nous avait semblé préférable, en tant du moins qu'il

s'agit d'exercer un droit de revendication ou de privilége spécial; car le fournisseur serait incontestablement admis à venir par contribution, puisque entre créanciers chirographaires la question de date n'a aucune importance. Nous nous attachions à cette idée qu'il n'est pas impossible que l'échantillon ait acquis une sorte de date certaine : ce qui arriverait au cas où il aurait été mis sous scellés après déconfiture ou décès, et où l'existence en aurait été constatée par l'inventaire. Mais, après mûre réflexion, cette opinion nous semble trop rigoureuse, et nous pensons, avec M. Massé (*Droit comm.*, tom. IV, n° 2526), que, comme il n'y a aucun moyen usuel de donner date certaine aux tailles, les tribunaux ont, dans tous les cas, un pouvoir discrétionnaire pour les admettre même vis-à-vis de tiers non marchands, l'article 1325 n'étant point applicable.

760. Lorsque sa partie que le fournisseur attaque en exhibant la taille, ne représente pas l'échantillon, ou bien elle allègue l'avoir perdu, ou bien elle prétend qu'il n'y a jamais eu de fourniture ainsi constatée. Dans la première hypothèse, elle est en faute, elle devait se procurer une nouvelle taille; la moitié qui est entre les mains du fournisseur fera foi, en l'absence de l'échantillon, à moins qu'on ne prouve qu'il y a fraude de sa part. C'est en ce sens que la coutume de Tournai (*De l'ampliation*, art. 13) décidait, dans l'espèce, que la taille exhibée par le demandeur serait *tenue pour vérifiée*. Dans la seconde hypothèse, lorsque le consommateur nie qu'il y ait jamais eu d'échantillon entre ses mains, la taille est, rigoureusement parlant, dénuée de toute force probante, puisqu'elle constitue un titre émané du marchand seul. (C. civ., art. 1329.) Néanmoins, si le fournisseur jouit d'une bonne renommée et que les fournitures soient vraisemblables, nous serions disposé à considérer les coches faites sur la taille comme équivalant

à l'écriture insérée par le marchand sur ses livres, de manière à permettre au juge de déférer le serment supplétoire au fournisseur ou à son adversaire. (Même art. 1329.)

761. Au surplus, l'assimilation des tailles à l'écriture ne saurait être admise en matière pénale. Aussi est-ce avec raison que la Cour de Paris, le 3 mars 1854, a refusé de considérer comme faussaire (n° 533) un boulanger qui avait fait des marques frauduleuses sur la taille et sur l'échantillon.

762. Indépendamment des tailles, il peut y avoir des marques, des jetons représentant une certaine valeur. C'est une institution fort ancienne. Danty (add. sur Boiceau, part. II, chap. IX) cite les diverses espèces de *tesseræ* usitées à Rome, dont la plus importante était la *tessera frumentaria*, bon de blé distribué au peuple par les empereurs. Chez nous, les *méreaux*, tenant à la fois de la monnaie et du jeton, avaient un caractère semblable. Ils servaient tantôt de marque, tantôt de monnaie de compte donnée en payement, et c'est à ce dernier titre qu'on les distribuait aux chanoines[1]. (Voy. M. Loir, *Recherches sur les monnaies, méreaux, sceaux de la ville de Mantes*, Paris, 1859.) Les signes de cette nature, équivalant à des présomptions, peuvent encore être invoqués utilement aujourd'hui, lorsque la valeur réclamée ne dépasse pas cent cinquante francs. Au delà de cette valeur, ils ne peuvent l'être que par celui qui a en sa faveur un commencement de preuve par écrit. Il faut observer, du reste, qu'un bon signé ou parafé, si l'écriture n'était point contestée, renfermerait en lui-même le commencement de preuve exigé.

[1] Une ordonnance de Charles VI sur la réforme de la Sainte-Chapelle s'adresse *distributori merellorum*.

QUATRIÈME SECTION.

FOI DES ÉCRITS PRIVÉS EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 763. Rôle des écrits privés au criminel. — 764. Cas où l'écrit est le corps du délit. — 765. Où il n'est qu'un document. Perquisition. Saisie des lettres. — 766. Abus de cette preuve. — 767. Surtout à l'égard des tiers. — 768. Renvoi pour la compétence.

763. Les écrits privés peuvent jouer un rôle important dans une procédure criminelle, soit que le corps même du délit consiste dans un écrit, soit que l'écrit soit simplement invoqué comme preuve d'un délit d'une nature quelconque. L'admissibilité des écrits avait été consacrée par l'ordonnance de 1670, qui, sans s'arrêter aux doutes soulevés par certains interprètes, autorisait la preuve (tit. XXV, art. 5) *par pièces authentiques ou reconnues par l'accusé.*

764. Dans la première hypothèse, s'il s'agit, par exemple, de faux, de correspondance contre la sûreté de l'État (C. pén., art. 76 et suiv.), de menaces faites par écrit (*ibid.*, art. 305), la question de la sincérité de l'écrit est capitale, puisqu'en dehors de l'écriture il n'y a plus de procès. Alors, si l'écriture est déniée, la vérification est d'une extrême gravité. Ici l'art conjectural des experts ne doit être consulté qu'avec beaucoup de défiance, et l'on doit toujours préférer à leur rapport la preuve testimoniale, lorsqu'il est possible de se la procurer. De nombreux exemples, puisés dans notre ancienne jurisprudence, témoignent assez du danger de s'en rapporter aux maîtres écrivains. Dans trois affaires presque identiques, celles des chanoines de Beauvais, du vicaire de Jouarre et du curé d'Orléans (Merlin, *Répert.*, COMPARAISON D'ÉCRITURES), de vénérables ecclésiastiques furent accusés d'avoir écrit des lettres anonymes injurieuses; dans chacune de ces espèces, quatre experts déclarèrent unanimement

que les lettres étaient de la main des accusés, et cependant l'innocence de ces derniers finit par être clairement établie, le véritable auteur des lettres ayant été découvert.

Bien que ces faits soient postérieurs à la rédaction de l'ordonnance criminelle de 1670, l'expérience avait fait reconnaître dès lors tout le danger de l'expertise. Un traité de Levayer sur la comparaison d'écritures [1], rédigé à l'occasion du procès de Fouquet, avait fait ressortir avec énergie tout ce qu'il y a d'arbitraire dans ce mode de vérification, surtout appliqué aux matières criminelles. *Comparatio facit duntaxat fumum*, telle était sa conclusion. Aussi avait-on proposé d'insérer dans le titre VII de l'ordonnance de 1670 un article ainsi conçu : « Sur la seule déposition des experts « et sans autres preuves, adminicules ou présomptions, ne « pourra intervenir aucune condamnation de peine afflic- « tive ou diffamante. » Mais l'avocat général Talon fit sentir combien serait dangereuse une disposition de cette nature, qui tendrait souvent à détruire la seule preuve que le juge puisse se procurer d'après le caractère des faits. Sur ses observations, appuyées par le président Lamoignon, l'article fut retranché. Aujourd'hui le Code d'instruction criminelle ne fait allusion à la comparaison d'écritures qu'en matière de faux; mais il n'est pas douteux qu'on ne doive employer la même voie, toutes les fois qu'il s'agit de vérifier un écrit. Toutefois, la vérification d'écritures, au criminel, n'est point soumise à des règles aussi rigoureuses, à raison du pouvoir souverain d'appréciation qui appartient à la juridiction pénale. (Rej., 20 juin 1846.) Les précédents de l'ancien droit et ceux du droit moderne (voy. notamment l'affaire La Roncière) doivent rendre les jurés et les juges

[1] On le trouve à la fin du *Traité de la preuve par témoins*, par Boiceau, édition de Danty.

très-circonspects à condamner sur un simple rapport d'écrivains; les Anglais pensent également qu'il faut ajouter peu de foi (*very little, if any reliance*) à un rapport de cette nature (M. Greenleaf, tom. I, p. 726, not. 2); mais on doit reconnaître aussi que, dans beaucoup de cas, les conclusions des experts se sont trouvées exactes, et qu'il serait fort dangereux de les rejeter d'une manière absolue.

Ce que nous avons dit sur l'importance du choix des experts dans la procédure en vérification d'écritures (n° 731), s'applique, à plus forte raison, en matière criminelle. Il paraît que la jurisprudence allemande n'est pas non plus à l'abri de la critique sous ce rapport. « On voit souvent, et « bien à tort », dit M. Mittermaier (*De la preuve en matière criminelle*, chap. LI), « l'inquisiteur appeler les professeurs « d'écriture du lieu; ceux-ci, parfaitement aptes à décider « de la beauté, de la netteté de la main, ne le sont pas tou- « jours autant lorsqu'il s'agit de constater la ressemblance « de deux corps d'écritures. Certes, des individus qui, par « le fait même de leurs fonctions (des employés de l'en- « registrement, des archivistes, des teneurs de livres) voient « chaque jour passer sous leurs yeux des écritures de toutes « sortes, et ont l'occasion fréquente d'en faire l'examen « approfondi, seront bien mieux en état d'éclairer la religion « du juge. » M. Wills cite également l'exemple d'un magistrat anglais qui refusa d'employer la loupe dont se servaient les experts écrivains, en faisant remarquer que cet instrument, bon pour les expériences physiques, ne montrait point les caractères sous leur véritable jour. (*Circumst. evidence*, chap. IV, sect. 2.)

765. Quand les écrits invoqués ne constituent pas le délit, mais seulement des documents de nature à l'établir, la vérification d'écritures offre en général moins d'intérêt, et il est inutile de se lancer dans les embarras et les lenteurs

d'une expertise, si on a des preuves plus directes dans la déposition des témoins. Quelquefois cependant les écrits sont d'une haute importance. Ainsi, la correspondance, pour la preuve de la complicité d'adultère, est le seul moyen admissible, en l'absence du flagrant délit (C. pén., art. 338) ou de l'aveu. (N° 366.) Lorsque les papiers ont été saisis au domicile de l'inculpé, il lui devient plus difficile d'en nier la sincérité. Aussi la loi veut-elle qu'on s'assure le plus tôt possible de ces pièces, et qu'on en constate avec soin l'identité. Dans les cas réputés flagrant délit [1], le procureur de la république ou ses officiers de police auxiliaires (C. d'inst., art. 36 et suiv.), et dans tous les cas, le juge d'instruction (*ibid.*, art. 87 et suiv.), doivent se transporter au domicile de l'inculpé et y opérer la perquisition de tous les papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité. On les lui présente à l'effet de les reconnaître et de les parafer; au cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal. Ils sont ensuite clos et cachetés. Plus tard, ils figurent parmi les pièces de conviction qu'on représente à l'audience.

Les perquisitions faites en cas de flagrant délit par le procureur de la république ou par ses auxiliaires ne peuvent avoir lieu qu'au domicile de l'inculpé ou de ses complices présumés. Le juge d'instruction, au contraire, peut se transporter dans tout autre lieu, s'il présume qu'on y a caché des pièces de conviction. (*Ibid.*, art. 88.) Toutefois il est clair que, si, au moment où une visite domiciliaire va s'opérer, les papiers suspects étaient frauduleusement confiés à des tiers, tout officier ayant qualité pour verbaliser au cas de flagrant délit serait autorisé à faire une perquisition au domicile de ces tiers. Le pouvoir qu'on a entendu réserver

[1] Si toutefois il s'agit d'un crime, aux termes de l'article 32 du Code d'instruction; — mais nous avons déjà fait observer (tom. I, p. 122, note 1) que la jurisprudence étend aux délits proprement dits les attributions du ministère public.

au juge d'instruction, c'est celui d'opérer des recherches chez des tiers contre lesquels il ne s'élèverait qu'un simple soupçon, ou même qui se trouveraient posséder ces papiers sans fraude.

Le pouvoir du juge d'instruction s'étend-il jusqu'à saisir à la poste les lettres de l'inculpé, celles qui lui seraient adressées, ou même celles des tiers, si les besoins de l'instruction l'exigent?

Pour soutenir la négative, on invoque le principe du secret des lettres, consacré dans l'ancien droit, reproduit dans la loi du 4 août 1790, et sanctionné par l'article 187 du Code pénal, qui punit de peines correctionnelles toute suppression, toute ouverture des lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire, ou un agent du gouvernement ou de l'administration des postes.

Mais les articles 87 et 88 du Code d'instruction, qui autorisent le juge à saisir, soit chez le prévenu, soit ailleurs, les papiers, effets, et généralement tous objets jugés utiles à la manifestation de la vérité, ne comportent aucune distinction. Autre chose est la violation administrative du secret des lettres [1], qu'a en vue le Code pénal, autre chose est la communication de tous documents nécessitée par le service de l'instruction judiciaire. Interpellé sur une saisie de lettres opérée par le juge d'instruction, M. Odilon Barrot, alors président du conseil, a répondu en ces termes (*Moniteur* du 23 octobre 1849) : « Si vous entendez parler de ce droit « arbitraire, occulte, que les gouvernements peureux ont « exercé dans certaines circonstances, pour chercher dans

[1] Une instruction du directeur des postes, en date du 20 mars 1854, autorise les agents des postes à saisir les *imprimés* mis à la poste sous enveloppe, en contravention à la législation spéciale. Mais les agents peuvent-ils, comme l'a soutenu M. Vandal à la tribune (*Moniteur* du 23 février 1867), reconnaître, à la seule inspection extérieure, si la lettre renferme un imprimé?

« cette violation du secret des lettres des révélations sur « une situation, sur des hostilités, sur des dangers qui les « menacent, vous avez mille fois raison. La justice, elle, a « le droit de pénétrer dans nos domiciles; car l'inviolabilité « du domicile n'est pas faite pour elle; elle a le droit de « pénétrer dans nos secrets domestiques, car il n'est pas un « seul de nos papiers, quelque intimes, quelque confidentiels « qu'ils soient, dans lesquels elle n'ait le droit souverain « de fouiller pour y chercher la vérité qui importe à la « société. »

Quelques années après, lorsque la Cour de cassation a été également appelée à statuer sur une question de saisie de lettres, si la chambre criminelle a émis sur la validité de la saisie une opinion contraire à celle qui a été adoptée par la Cour de cassation, chambres réunies, le 21 novembre 1853, ce n'est pas qu'on ait contesté le droit en lui-même; on avait douté seulement qu'un tel pouvoir, hors le cas de flagrant délit, pût être exercé par un préfet, à Paris par le préfet de police. La Cour de cassation a pensé que l'article 10 du Code d'instruction, autorisant ces officiers à faire *tous actes nécessaires* pour constater les crimes, les délits ou les contraventions, comprend le droit de perquisition dans toute son étendue[1]. Mais ce droit lui-même n'était point mis en doute.

Les motifs de cette décision ne permettent point de distinguer, comme quelques-uns l'ont proposé, entre les lettres adressées à l'inculpé et les lettres adressées à des tiers, sauf le respect dû à la correspondance dont l'inculpé ne

[1] Mais ce droit de perquisition ne peut être délégué à des directeurs de poste, placés hors de la compétence du préfet. La saisie d'une circulaire du comte de Chambord, enjointe administrativement dans tous les bureaux de poste en vertu d'un ordre donné à Paris, a été reconnue illégale par le ministre d'État, M. Rouher. (Même *Moniteur* du 23 février 1867.)

serait que dépositaire, et dont l'inviolabilité se rattacherait au secret professionnel. (Arg. de l'art. 378 du Code pénal.)

Il est à noter, bien que la faillite ne puisse être assimilée à une procédure criminelle, que le Code de commerce (art. 471) autorise les syndics à ouvrir les lettres adressées au failli, mais avec son assistance, s'il est présent.

766. Les écritures ainsi saisies ne sont pas, en général, des preuves préconstituées, mais ce que Bentham appelle des *écritures casuelles*, c'est-à-dire des registres ou des notes qui n'étaient pas destinés à être publiées. On trouve dans le publiciste anglais (*Preuves jud.*, liv. VI, chap. III) de bonnes observations de détail sur les circonstances qui peuvent militer pour ou contre l'autorité des écritures de cette espèce, qui ne sont qu'une des formes de l'aveu extrajudiciaire. Notre ancienne pratique criminelle a souvent abusé de ce mode de preuve en matière politique. On sait que Laubardemont se vantait de perdre un accusé, *pourvu qu'on lui donnât six lignes de son écriture*. Il est certain d'ailleurs qu'on ne pourrait plus aujourd'hui fixer un délai dans lequel l'accusé devrait déclarer si tel titre est ou non de son écriture, en tenant l'écrit pour reconnu après ce délai. Ce serait renouveler les anciens abus quant à la provocation de l'aveu. (Voy. tom. I, p. 473, not. 1, sur le procès de Jeanne d'Arc.)

767. Si les écrits saisis au domicile de l'inculpé ou ailleurs ne doivent être consultés qu'avec précaution, en tant qu'il s'agit de se prononcer sur sa culpabilité, l'instruction doit procéder avec bien plus de circonspection encore lorsque ces écrits tendent à incriminer des tiers. Mirabeau ne voulait pas (*Moniteur* du 25 octobre 1791) « que les plus « secrètes communications de l'âme, les conjectures les « plus hasardées de l'esprit, les émotions d'une colère « souvent mal fondée, les erreurs souvent redressées le

« moment d'après, pussent être transformées en dépositions « contre des tiers. » Bien plus, lors même que l'écrit tend à inculper directement et positivement un tiers, il ne faut y ajouter foi qu'avec les plus grandes précautions. C'est ainsi que, lors de la fameuse conjuration Malet, le général, qui paya de sa vie son audace, avait porté, sur une liste de fonctionnaires désignés pour le nouveau gouvernement, des personnes complétement étrangères au complot. De même, les Vendéens qui échouèrent au port de la Claye, le 3 mai 1832, avaient arrêté un plan d'organisation militaire où ils faisaient figurer plusieurs officiers contre lesquels on ne dirigea aucune poursuite, parce qu'il fut avéré que c'était également sans les avoir consultés qu'on les avait ainsi désignés.

768. Les actes sous seing privé proprement dits ne se présentent guère en matière criminelle que lorsqu'il s'agit d'une preuve préjudicielle, de la constatation, par exemple, d'un mandat, d'un dépôt, dont on allègue la violation. Nous avons reconnu (n° 225) qu'en thèse générale, la juridiction criminelle demeure compétente pour statuer sur des questions de cette nature, mais que l'exclusion de la preuve testimoniale s'applique au criminel, de la même manière qu'au civil.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ÉCRITE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR. — LIVRES DES MARCHANDS.

SOMMAIRE. — 769. Foi de ces livres, à Rome et chez nous. — 770. Formalités prescrites. — 771. Sanction de leur observation. — 772. Division.

769. A Rome, une foi toute particulière s'attachait aux registres tenus par les banquiers, *argentarii*, officiers publics dont l'attestation était admise, soit contre eux, soit même en leur faveur, par une prérogative assez analogue à celle de l'authenticité dans notre droit, *quia officium eorum atque ministerium*, dit Gaïus (L. 10, § 1, D., *De edend.*), *publicam habeat cu sam*. Aussi le préteur avait-il introduit contre eux une action pour les forcer à donner communication de leurs registres. (Ulp., L. 4, *ibid.*)

Nos marchands n'ont point la position légale qu'avaient les *argentarii*. *Secundum hoc*, dit Boiceau (part. II, chap. VIII, n° 5), *judicari non possunt mercatorum nostrorum libri, cum omnino privati videantur*. Néanmoins, les livres de commerce, étant soumis à certaines précautions spéciales, peuvent faire foi, non-seulement contre le marchand qui les a rédigés, mais même en sa faveur : ce qui n'est jamais admis pour les papiers domestiques.

770. Pour empêcher l'altération de ces livres, la loi prescrit les mêmes formalités (C. de comm., art. 10 et suiv.) qui sont établies pour les registres publics. Elle veut qu'ils soient cotés, parafés et visés, soit par un membre du tribunal de commerce, soit par le maire ou adjoint de la commune. Le Code de commerce ajoute : *sans frais*; ce qui a toujours été vrai en ce sens qu'on n'alloue point d'honoraires aux fonctionnaires chargés de cette opération. Mais jusqu'en 1838 il fallait, pour que les livres pussent être

présentés au visa, qu'ils eussent été préalablement timbrés, et l'impôt du timbre pour des écritures souvent considérables devenait extrêmement onéreux. Aussi, dans la pratique, se dispensait-on le plus souvent de faire timbrer les registres; et ce qui était beaucoup plus fâcheux que l'absence du timbre, c'est qu'alors les importantes formalités prescrites par la loi pour assurer l'intégrité des registres ne pouvaient être accomplies[1]. En conséquence, les livres n'étant pas régulièrement tenus, auraient dû à la rigueur n'avoir aucune autorité. (*Ibid.*, art. 13.) Mais les tribunaux de commerce, se conformant à l'usage constant plutôt qu'aux prescriptions légales, ne refusaient pas d'admettre les registres non visés, lorsqu'il n'y avait aucun soupçon de fraude dans l'espèce. Ainsi les sages précautions de la loi se trouvaient éludées. Pour faire cesser cette grave irrégularité, on a remplacé par une augmentation de la contribution des patentes l'impôt du timbre, qui était d'ailleurs fort inégal, puisqu'il était proportionnel non pas à la valeur des opérations, mais à la place matérielle qu'occupait la mention de ces opérations sur les registres. Ce changement s'est effectué le 1er janvier 1838. (Loi du 20 juillet 1837, art. 4.) Aujourd'hui donc le visa sans frais est devenu une vérité, et ceux qui se dispenseraient de l'accomplissement des formalités légales n'auraient plus d'excuse[2]. Les livres doivent de plus être conservés pendant dix ans. (C. de comm., art. 11.)

771. Une sanction extrêmement rigoureuse garantit l'exactitude et la fidélité des écritures commerciales. Le

[1] Il en était de même sous l'empire de l'ordonnance de 1673, dont les prescriptions sur ces formalités si essentielles étaient tombées en désuétude, depuis qu'un arrêt du Conseil, du 3 avril 1674, avait imposé aux commerçants l'obligation fort onéreuse d'employer du papier timbré.

[2] Aux États-Unis, les livres, avant d'être déclarés admissibles, sont soumis à un examen préalable de la Cour. (M. Greenleaf, tom. I, p. 159, note 1.)

failli qui n'a pas tenu de registres, ou qui n'en a tenu que d'irréguliers, même sans fraude, peut être déclaré banqueroutier simple, et frappé en conséquence de peines correctionnelles. (*Ibid.*, art. 586, 6°.) Quant aux écritures frauduleuses, tendant, soit à dissimuler l'actif, soit à simuler un passif, elles entraînent la peine de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire les travaux forcés à temps. (*Ibid.*, art. 591; C. pén., art. 402.) Lors même qu'il n'y a point faux caractérisé, la simulation, qui, en matière civile, pourrait tout au plus dégénérer en escroquerie, est ici, à raison de la gravité des conséquences qu'elle entraîne, frappée d'une peine identique. C'est, en effet, également la peine des travaux forcés à temps qui est prononcée par le Code pénal (art. 147) pour le faux en écriture de commerce; et l'assimilation de ce faux à celui qui aurait lieu en écriture publique, est une garantie de plus contre les falsifications que les tiers pourraient commettre sur les registres.

772. On sent que l'autorité des livres de commerce doit être plus grande entre deux marchands, dont les écritures se servent de contrôle réciproque, qu'entre un marchand et un particulier, puisque ce dernier ne pourrait se défendre à armes égales, n'ayant pas habituellement de registres, et ne pouvant pas même en tenir qui fassent foi en sa faveur. Occupons-nous d'abord de la foi des livres sous le premier point de vue.

PREMIÈRE SECTION.

FOI DES LIVRES ENTRE COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 773. De la régularité des livres. — 774. Nécessité qu'il s'agisse de faits de commerce. — 775. Cas où ils ne sont point conformes. — 776. Leur communication en justice.

773. « Les livres de commerce régulièrement tenus », dit l'article 12 du Code de commerce, « peuvent être admis

« par le juge pour faire preuve entre commerçants pour « faits de commerce. » La preuve par livres n'est donc pas strictement obligatoire pour la juridiction consulaire, qui peut écarter les registres comme suspects, même lorsqu'ils sont réguliers en la forme (Rej., 13 août 1833), ou même, sans suspicion, déclarer que les juges ont tous les documents suffisants pour éclairer leur religion. (Rej., 10 décembre 1862.) La simplicité et l'équité, qui sont l'âme de cette juridiction, ne permettaient pas qu'on y astreignît le juge à certaines preuves légales; on lui accorde donc, quant aux moyens qui doivent déterminer sa conviction, une latitude analogue à celle qui est accordée aux jurés. Mais, en fait, les tribunaux de commerce ne refusent guère d'ajouter une foi complète aux registres régulièrement tenus. En sens inverse, on peut combattre par la production des livres une présomption de la loi, pourvu que ce ne soit pas une présomption absolue, comme celle de la chose jugée : ce que la Cour de cassation a décidé (Rej., 18 août 1852) quant à la présomption résultant de la cession volontaire du titre. (C. civ., art. 1282.)

La loi suppose les registres *régulièrement tenus*, et l'on est fondé à se montrer plus sévère sur ce point, depuis la suppression (n° 770) des conditions fiscales qui rendaient onéreux l'accomplissement des formalités légales. Faut-il cependant considérer tout à fait comme non avenus les livres qui n'ont pas été visés ni parafés? S'ils paraissent d'ailleurs en règle, cette rigueur serait peu en harmonie avec la marche simple et équitable de la juridiction commerciale. La Cour de cassation a pensé (Rej., 23 avril 1860) que, si les livres ne peuvent alors faire à eux seuls preuve complète, il n'est point interdit aux juges « d'en comparer « les énonciations avec celles des autres pièces justificatives « régulièrement fournies au procès, et de trouver dans la

« concordance de ces énonciations une de ces présomptions « abandonnées par la loi aux lumières et à la prudence des « magistrats. » (Voy. aussi Rej., 26 juillet 1869.) Or, on sait qu'en matière commerciale, les présomptions, comme la preuve testimoniale, sont toujours admissibles. A plus forte raison doit-on admettre pour faire foi dans une société civile des écritures, bien que non conformes aux prescriptions du Code de commerce. (Rej., 17 février 1869.)

774. Il ne suffit pas que la contestation s'élève entre commerçants, il faut qu'elle ait lieu pour faits de commerce. Ainsi, un négociant ne serait pas reçu à se prévaloir d'une mention faite dans ses livres, pour justifier d'une opération purement civile, telle que l'achat d'un immeuble. Néanmoins, comme le livre-journal doit présenter tout ce que le commerçant reçoit ou paye à quelque titre que ce soit (C. de comm., art. 8), la mention faite dans ce livre peut servir à son adversaire de commencement de preuve ; et en sens inverse, l'omission sur ce livre d'une opération civile peut contribuer à faire rejeter la prétention du négociant, si c'est lui qui est demandeur. C'est donc avec raison qu'un arrêt de rejet du 25 nivôse an X a décidé que le défaut de production de livres, même en matière civile, peut, réuni à d'autres circonstances, rendre un négociant non recevable dans ses prétentions. Nous avions pensé d'abord, avec plusieurs auteurs, que les livres pouvaient faire foi, même sans que l'opération fût commerciale de part et d'autre, par exemple, lorsqu'un marchand de vin vend une pièce de vin à un manufacturier. Nous nous fondions sur cette considération que l'acheteur, étant commerçant comme le vendeur, avait dû également constater l'opération sur ses livres. Mais il nous semble plus exact d'assimiler les principes sur la preuve aux règles qui régissent la compétence. Or, l'opération étant civile de la part du manufacturier, il ne pourrait être tra-

duit devant le tribunal de commerce. Quant à la mention, elle doit avoir lieu seulement sur son livre-journal, en tant qu'il s'agit d'un article de dépense (C. de comm., art. 8), tandis que le marchand de vin a dû relater en détail les clauses de la vente. Les livres du vendeur pourront donc faire foi contre lui, mais non en sa faveur, sauf la délation du serment (n° 780) ; et la mention portée sur le livre-journal de l'acheteur aura contre lui la force d'un commencement de preuve par écrit.

775. Si les registres sont d'accord, la preuve est parfaite, à moins qu'une falsification ne puisse être établie. S'ils ne sont pas conformes, et qu'ils soient d'ailleurs régulièrement tenus de part et d'autre, les deux autorités se balancent, et il faut recourir à d'autres modes de preuve. Si un seul des registres est régulièrement tenu, le juge peut s'y attacher ; mais il est toujours libre d'exiger des garanties additionnelles, telles que l'audition de témoins, ou la prestation de serment. Enfin, d'après l'article 17 du Code de commerce, si une partie refuse de produire ses livres, auxquels l'autre partie offre d'ajouter foi, le juge peut déférer le serment à cette dernière partie. Cette disposition ne doit pas s'entendre seulement du cas où un particulier offrirait d'ajouter foi aux livres d'un commerçant, cas où il y aurait évidemment lieu au serment, mais que les rédacteurs du Code de commerce ne devaient pas avoir en vue, puisqu'ils ne s'occupaient que des procès entre commerçants. C'est surtout entre commerçants que l'article 17 doit recevoir son application. Néanmoins, nous ne pensons pas avec Toullier (tom. VIII, n° 383) que le négociant qui représente seul ses livres doive obtenir gain de cause *de plano*, s'il offre de s'en rapporter à ceux de son adversaire, et que celui-ci ne puisse ou ne veuille les représenter. Le juge peut ordonner toute mesure propre à l'éclairer sur la réalité des faits allégués à

l'appui de la demande, et après tout, si la prétention du demandeur lui paraît dénuée de fondement, il lui est loisible de ne pas même déférer le serment supplétoire. (Rej., 18 janvier 1832.)

776. L'obligation pour un commerçant de produire ses livres [1] en justice eût pu, si la loi ne l'avait pas restreinte dans de justes bornes, compromettre singulièrement le succès des opérations commerciales, pour lesquelles le secret est souvent essentiel. *Libri mercatorum*, dit Casaregis (disc. 30, n° 79), *non sunt perscrutandi, ne videantur eorum secreta*. Aussi la représentation, même ordonnée d'office, n'a-t-elle point pour effet de mettre au jour la situation de la partie que les livres concernent ; on doit se borner à extraire des registres ce qui a trait au différend. (C. de comm., art. 15.) La communication complète n'a été autorisée que dans les cas où elle est indispensable, c'est-à-dire où la contestation porte sur l'ensemble de la gestion commerciale, dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et faillite. (*Ibid.*, art. 14.) Il y avait moins de doute dans le dernier cas, puisqu'il n'est plus temps de songer à ménager le crédit, lorsqu'il y a eu cessation de payements. Au surplus, une société anonyme ne saurait être tenue, plus qu'un particulier, de produire ses livres, en dehors des cas prévus par la loi. (Bordeaux, 6 août 1853.)

Remarquons d'ailleurs que si, aux termes de l'article 11 du Code de commerce, les commerçants ne sont tenus de conserver leurs livres que pendant dix ans, cela ne veut pas dire que les énonciations contenues en ces livres se trouvent périmées au bout de ce laps de temps, comme le seraient

[1] Suivant le droit commun anglais (M. Greenleaf, tom. I, p. 615), l'inspection des livres peut être réclamée par un particulier, mais seulement à fins civiles, nul n'étant tenu tenu, au criminel, de produire des preuves contre lui-même : restriction que repousse, chez nous, le principe inquisitorial admis pour la recherche des preuves.

des inscriptions hypothécaires : si, en fait, les livres ont été conservés, le commerçant sera tenu de les produire.

DEUXIÈME SECTION.

FOI VIS-A-VIS DES PARTICULIERS.

SOMMAIRE. — 777. Foi contre le marchand, des livres, même irrégulliers. — 778. Indivisibilité. — 779. Opinions des anciens auteurs sur la foi des livres contre les particuliers. — 780. Quel est le système du Code.

777. L'obligation imposée aux marchands de tenir des écritures régulières existe vis-à-vis des particuliers tout aussi bien que vis-à-vis des autres marchands. Aussi leurs livres font-ils preuve contre eux (C. civ., art. 1330), mais seulement pour faits de commerce, sauf à puiser un commencement de preuve par écrit dans les mentions d'opérations purement civiles qui s'y trouveraient insérées. (N° 774.) Le Code civil n'ajoute point, comme le Code de commerce (art. 12), que les registres doivent avoir été *régulièrement tenus*. Le commerçant ne pourrait se prévaloir, pour repousser la foi des écritures, de sa propre contravention aux règles qui lui étaient imposées. (Rej., 7 mars 1837.) Il n'est pas non plus nécessaire ici que l'écriture soit de la main du négociant; suivant la doctrine de Pothier (*Oblig.*, n° 757), elle peut être l'œuvre du créancier lui-même, pourvu qu'elle n'ait pas pu être ignorée du débiteur. (Bourges, 14 juillet 1831.)

778. Appliquant à cette matière le principe de l'indivisibilité de l'aveu, la loi ajoute (*ibid.*) que celui qui veut tirer avantage des registres ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. L'indivisibilité s'entend d'ailleurs ici comme en ce qui touche l'aveu oral. (N° 356.) La déclaration du marchand doit être acceptée par la partie qui s'en rapporte à ses livres, pour tout fait

connexe : ainsi, le registre qui établit l'existence de la dette doit également faire foi pour en établir le payement. *In conjunctis capitulis*, disaient les anciens docteurs, *qui unum adprobat, aliud reprobare nequit*. Mais des articles tout à fait indépendants de l'article allégué, dans lesquels le commerçant se dirait créancier pour toute autre cause, pourraient être repoussés par le particulier qui invoque le registre. On ne doit cependant appliquer cette doctrine qu'avec précaution en matière commerciale, là où des opérations diverses s'enchaînent souvent de la manière la plus étroite. C'est ainsi qu'un compte courant régulièrement tenu, bien que composé d'articles distincts, sera généralement considéré comme indivisible.

779. Arrivons à la partie la plus controversée de notre sujet, à la foi que peuvent avoir les livres en faveur des marchands contre les particuliers, en supposant (Rennes, 23 août 1821) ces livres régulièrement tenus. Les opinions des anciens docteurs étaient très-partagées sur la foi probante de ces livres. (Danty, sur Boiceau, part. II, chap. VIII, nos 15 et suiv.) Suivant une première opinion, qui remonte à Barthole, les livres devaient avoir foi, même vis-à-vis des non-marchands, et c'était le système qui avait prévalu en Italie, surtout à Milan. D'après l'article 96 des statuts de Milan, on devait ajouter foi aux écritures des changeurs et marchands de cette ville, *cum causa et sine causa, etsi dicantur esse factæ, vel subscriptæ in absentia partis*. Dans une seconde opinion, admise par Boiceau (*ibid.*, nos 7 et 8), les livres constituaient une demi-preuve, susceptible d'être corroborée par la preuve testimoniale, mais seulement s'il s'agissait d'un commerçant bien posé et jouissant d'une bonne réputation. Une troisième opinion, s'attachant au principe qu'on ne peut se faire un titre à soi-même, repoussait complétement la foi des livres vis-à-vis des non-mar-

chands, et tel était l'avis de Boiceau (*ibid.*, n° 11) lorsqu'il s'agissait de petits marchands non inscrits dans une corporation régulière. Enfin Dumoulin, après avoir admis d'abord l'opinion de Barthole, s'était attaché à une opinion intermédiaire entre les deux dernières et dont le germe se trouve dans un statut de Venise [1] : « Rationes ejus » (*Ad leg.* 3, C., *De reb. cred.*), « quamvis non plenam probationem, nec « omnino semiplenam inducant, tamen inserunt aliquam « præsumptionem, ex qua possit ei deferri juramentum, ita « ut per se rationes probent [2]. » Ce jurisconsulte ne parle point de la preuve par témoins. L'eût-il admise en présence de l'ordonnance de Moulins, promulguée depuis qu'il avait écrit ces lignes? C'est ce qui est assez douteux. Boiceau admet l'audition des témoins, nous l'avons vu, en faveur des marchands qui font partie d'une corporation. (Part. II, chap. VII.) Danty (Add. sur ce chap., nos 46 et 47), qui écrivait un siècle après, pense que le sentiment de Boiceau ne peut être suivi que dans des cas rares, où la bonne foi sera évidente. Enfin Pothier (*Oblig.*, nos 754 et suiv., et n° 807) reproduit l'opinion de Boiceau, en ajoutant toutefois que la fourniture alléguée doit être vraisemblable. Et c'est à cette occasion que ce grand jurisconsulte nous révèle toute la simplicité de ses mœurs, simplicité si admirable, surtout au dix-huitième siècle : « Par exemple », dit-il (n° 756), « ce ne seraient pas des fournitures vraisemblables, s'il « était écrit sur le livre d'un marchand qu'il m'a vendu et « livré dix aunes de drap noir dans une année, parce que

[1] *Tunc scilicet judices dabunt sacramentum.* (Stat. vén. de septembre 1252, préfac., 2.)

[2] Les jurisconsultes écossais (Tait, *On evidence*, p. 273-277), en admettant ce genre de preuve, le définissent : *not merely a suspicion — but such evidence as produces a reasonable belief, though not complet evidence.*

« je n'ai pas besoin de plus d'un habillement dans l'année, « pour lequel quatre aunes de drap suffisent. »

Cette opinion de Pothier, qui considère les registres comme pouvant servir de commencement de preuve, passe généralement pour l'expression du dernier état de notre ancienne jurisprudence. Mais il en était autrement, si nous en croyons l'annotateur anonyme de Danty (note sur le n° 44 du ch. VIII), qui s'exprime en ces termes, après avoir reproduit le passage de Pothier : « Cet auteur donne peut-« être un peu trop de faveur aux livres des marchands, et « il semble que la jurisprudence du Châtelet n'y est pas « conforme. Denisart, qui parle ordinairement d'après cette « jurisprudence, dit qu'ils ne forment aucun titre contre « des bourgeois non négociants, qui sont crus à leur affir-« mation contre les livres des marchands. » Ainsi, il paraît qu'au Châtelet on déférait le serment, mais au défendeur seulement, et qu'il n'était nullement question de la preuve testimoniale.

On doute que le droit commun anglais (*common law*) accorde une pareille foi aux registres des marchands. L'affirmative semble toutefois résulter d'un statut de Jacques Ier (stat. 7, chap. XII), qui admet ce genre de preuve vis-à-vis des non-marchands en le limitant aux transactions de l'année courante [1]. En Écosse et aux États-Unis, on admet sans difficulté les registres corroborés par le serment supplétoire du marchand. La plupart des États américains ont même consacré cette faculté par des dispositions spéciales de leurs statuts. (M. Greenleaf, tom. I, p. 158, not. 2.)

780. Après cet exposé des diverses opinions anciennes et modernes, abordons l'interprétation du Code.

[1] La prescription annale du Code civil (art. 2274) aboutit à peu près au même résultat.

« Les registres des marchands », dit l'article 1329, ne « font point, contre les personnes non marchandes, preuve « des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à « l'égard du serment. »

Cette réserve du serment ne saurait s'entendre du serment décisoire, qui est de droit; elle suppose forcément l'admission du serment supplétoire. Mais, puisqu'il est constant que le serment supplétoire n'est autorisé que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, plusieurs auteurs soutiennent que les livres des marchands constituent en leur faveur un commencement de preuve par écrit. Ils font remarquer que le serment supplétoire est la plus faible de toutes les preuves, et que, s'il est permis de s'en rapporter à la déclaration assermentée du demandeur, il doit l'être, à plus forte raison, d'ouvrir une enquête, qui offre incontestablement plus de garanties. Ils invoquent enfin l'autorité de Pothier, qui a été si souvent le guide des rédacteurs du Code. Il nous est néanmoins impossible de partager cet avis. D'abord, l'assimilation du serment supplétoire à la preuve testimoniale ne résulte nullement du texte de la loi. Tout ce qu'elle dit (C. civ., art. 1367), c'est que le serment peut être déféré d'office, quand la demande n'est pas totalement dénuée de preuves. Or, nous avons bien admis avec la jurisprudence (voy. n° 440), que le serment supplétoire ne peut être ordinairement déféré que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit; mais ce n'est point là un principe absolu, et le législateur a pu, par une réserve toute spéciale, comme semblent l'indiquer les termes de l'article 1329, autoriser ce serment dans une hypothèse où les témoins ne sauraient être entendus. Y a-t-il là, ainsi qu'on le prétend, une contradiction? Oui, si on suppose que le serment sera ordinairement déféré au demandeur; il vaudrait mieux alors ouvrir une enquête

que de s'en rapporter purement et simplement à son affirmation. Mais cette supposition est toute gratuite. Les meilleurs auteurs l'ont toujours reconnu, c'est au défendeur que doit être déféré de préférence le serment supplétoire. Ce n'est que dans des cas extrêmement favorables qu'il est permis de le déférer au demandeur. Au contraire, si la preuve testimoniale est jugée admissible, on sera tenté, toutes les fois qu'il y aura doute, de faire entendre des témoins, afin d'éclaircir les faits ; et le marchand aura tout l'avantage dans l'enquête, puisqu'il aura pu préparer à l'avance des dépositions, d'où il résultera de la manière la plus positive que telles fournitures ont eu lieu à telle date, tandis que le particulier, qui ne pouvait soupçonner la demande dirigée contre lui, n'aura pu se ménager de la même manière les moyens d'établir la négative. Autre chose est l'admission du serment supplétoire, qui ne sera déféré au marchand que quand le juge aura une pleine conviction de sa loyauté ; autre chose est l'administration de la preuve testimoniale, qui ferait toujours pencher la balance en sa faveur. En ce qui touche l'argument tiré de Pothier, il nous semble suffisamment réfuté par l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu : « Quant aux personnes qui ne sont « pas dans le commerce, on a dû maintenir la règle suivant « laquelle nul ne peut se faire de titre à lui-même, et l'ordre « que les marchands sont tenus de tenir dans leurs registres « ne saurait garantir que les fournitures qui y sont portées « soient réelles. Ils n'ont à cet égard d'autre droit que celui « d'exiger le serment des personnes qui contesteraient « leurs demandes. »

Ces dernières expressions vont trop loin sans doute ; le texte de la loi étant général, nous ne pensons pas que le serment ne puisse être déféré qu'au défendeur[1]. Mais, en

[1] Le Code italien (art. 1328) considère les registres comme autorisant le juge à déférer le serment à l'une et à l'autre partie.

rapprochant ces paroles de la jurisprudence du Châtelet, lorsqu'on voit l'exposé des motifs poser le principe que nul ne peut se faire de titre à lui-même, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code n'aient voulu que reproduire la doctrine de Pothier, suivant lequel (*Oblig.*, n° 754) *les registres ne peuvent pas faire une preuve pleine et entière*[1]. Ajoutons que du temps de Pothier, ainsi que nous l'avons souvent fait remarquer, la nature du commencement de preuve par écrit n'était pas bien déterminée, tandis qu'aujourd'hui l'article 1347 du Code civil veut qu'il émane du défendeur[2]. Cette règle souffre à la vérité des exceptions, mais il faut du moins que ces exceptions soient énoncées dans la loi, et comment peut-on voir l'admission de la preuve testimoniale dans un simple renvoi à ce qui sera dit sur le serment? N'était-il pas plus simple de déclarer expressément que les registres serviraient de commencement de preuve par écrit?

[1] Le rapport fait au Tribunat par M. Jaubert vient encore à l'appui de la doctrine énoncée dans l'exposé des motifs : « Ces registres », dit-il, « ne peuvent tout au plus servir qu'à déterminer le juge à déférer le « serment. » L'intention restrictive ne saurait être plus manifeste.

[2] La question n'est nullement tranchée en jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris du 28 novembre 1836, que l'on cite comme favorable à notre opinion, se borne à écarter, dans l'espèce, certains registres comme ne constituant point un commencement de preuve par écrit. D'une autre part, dans l'espèce d'un arrêt de rejet du 10 août 1840, qui a admis la preuve par témoins, il y avait, outre les livres, des écrits constituant un commencement de preuve, conformément à la lettre de l'article 1347.

APPENDICE

PREUVE DE PREUVE LITTÉRALE.

SOMMAIRE. — 781. Division.

781. Un écrit peut se référer à un écrit plus ancien, soit en en reproduisant seulement la substance, mais en manifestant l'intention des parties de maintenir les engagements constatés par le premier acte, et c'est alors un acte récognitif; soit en le transcrivant littéralement, et c'est alors une copie[1].

§ 1. ACTES RÉCOGNITIFS.

SOMMAIRE. — 782. Foi de ces actes en raison. — 783. Doctrine rigoureuse admise par les anciens auteurs. — 784. Ce qu'elle a d'excessif. — 785. Ce qu'il faut entendre par relater la *teneur*. — 786. Exception à la règle. — 787. Cas où le titre primordial contient plus. — 788. Cas où il contient moins. — 789. Code sarde. — 790. La règle sans application en matière de commerce. — 791. *Quid* en matière de servitudes?

782. L'aveu écrit, comme l'aveu oral (art. 1356), doit faire pleine foi contre celui qui en est l'auteur. Si donc on ne consultait que la raison sur la valeur des actes récognitifs, on n'hésiterait pas à décider que, pourvu qu'on y voie clairement énoncée l'intention de maintenir la force d'une déclaration préexistante, ils doivent avoir la même foi que le titre primordial. Et cependant, le Code consacre la doctrine d'anciens interprètes, suivant laquelle une seule reconnaissance ne saurait équivaloir au titre primordial.

783. Cette doctrine s'est basée, ainsi que cela arrivait

[1] C'est dans la même partie de son *Commentaire sur la coutume de Paris* (tit. I, § 8), que Dumoulin donne les développements les plus étendus sur les actes récognitifs et sur les copies.

fréquemment autrefois, sur une décision particulière du droit romain, que l'on a généralisée. Justinien avait décidé, par faveur pour la liberté, qu'une seule reconnaissance ne suffisait point pour établir la qualité de serf de la glèbe : *Sancimus* (L. 22, Cod., pr., *De agric. et censit.*) *solam confessionem vel aliam quamcunque scripturam ad hoc minime sufficere, nec adscriptitiam conditionem cuiquam inferre, sed debere hujus modi scripturam aliquod advenire adjutorium : quatenus, vel ex publici census adjectione, vel aliis legitimis modis talis scriptura adjuvetur.* Des auteurs d'un grand crédit, notamment Barthole, ont conclu de ce texte qu'un simple acte récognitif ne fait point preuve suffisante. Il est vrai que les romanistes les plus exacts, tels que le président Favre, firent remarquer que la constitution de Justinien n'était applicable qu'à l'état des personnes, et que, de droit commun, l'aveu est la meilleure des preuves : *Intelligo de homagio personali; nam si de rei conditione ageretur, unica recognitio sufficeret.* (Faber, *Ad Cod.*, lib. VII, tit. XI, def. 19.) *Domino prædii licet ex sua confessione et enunciatione probationem adversario præbere; nulla enim fortior probatio est, quam quæ fit per confessionem partis.* (*Ibid.*, lib. IV, tit. XIV, def. 10.) Les canonistes, dans le but, à ce qu'il paraît, de révoquer indirectement les concessions faites trop facilement par les supérieurs ecclésiastiques[1], introduisirent une distinction entre la confirmation simple, *in forma communi*, à laquelle on appliquait la constitution de Justinien, et la confirmation *in forma speciali*, qui équivalait au titre primordial. La reconnaissance était faite *in forma speciali*, lorsque le signataire déclarait agir en pleine connaissance de cause, *ex certa scientia*. Et même on finit par exiger, de crainte que ces dernières expressions ne devinssent elles-mêmes de style,

[1] On peut consulter sur ce point le 26e plaidoyer de d'Aguesseau.

que toute la teneur de l'acte précédent se trouvât insérée dans l'acte confirmatif, de manière à ne laisser aucun doute. Dumoulin était un esprit trop judicieux pour ne point reconnaître le véritable caractère des actes récognitifs. Le titre nouveau ne doit pas, sans doute, aggraver l'obligation, et en ce sens il est toujours vrai de dire : *Confirmatio nihil dat novi;* mais il a force probante. C'est ainsi que, supposant un acte récognitif rédigé devant notaires, Dumoulin dit positivement : « Simplex titulus novus non est dispositorius, sed « declaratorius seu probatorius..... nec aliquid de novo in- « ducit circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam « extrinseca et accidentalia, videlicet circa probationem et « vim executivam; et sic hujusmodi titulus duo tantum ope- « ratur : primo confessionem et probationem recognoscentis, « secundo vim guarrentigiam. » (*Comment. sur la cout. de Paris,* tit. I, § 18, n° 19.) Il n'en reproduit pas moins, relativement aux concessions féodales (*ibid.*, § 8, n° 87), la distinction entre la confirmation simple et la confirmation *in forma speciali*. Et en cette matière, il faut reconnaître que la distinction était assez conforme à l'esprit de la constitution de Justinien. Mais jusqu'à quel point ce jurisconsulte, dont la netteté est loin d'égaler la profondeur, a-t-il généralisé cette doctrine? C'est ce qu'il est assez difficile de décider; car, d'une part, on trouve dans son *Commentaire sur la coutume de Paris*, et dans son traité *Contractuum et usurarum* (n° 210), de nombreux passages où il attribue à la reconnaissance la forme de l'aveu, sans faire aucune réserve; d'une autre part, il renvoie, dans ce même traité (même n° 210), à la doctrine précédemment exposée sur la coutume de Paris. Malheureusement Pothier (*Oblig.*, n° 778) comprit Dumoulin[1] dans le sens le plus restrictif, et son opinion a passé dans le Code.

[1] Toullier, qui a parfaitement élucidé cette matière (tom. X, nos 315 et

Avant d'être consacrée par l'article 1337 du Code civil, cette opinion avait-elle déjà prévalu dans l'ancienne jurisprudence? La Cour de Paris a rendu sur ce point deux arrêts en sens inverse, l'un le 30 janvier, et l'autre le 14 août 1828. Si nous consultons les anciens auteurs, nous voyons qu'ils sont loin de reproduire la doctrine attribuée à Dumoulin. « C'est la plus commune opinion des interprètes », dit Henrys (liv. III, ch. II, quest. 1re), « qu'une seule « reconnaissance suffit, si elle est assistée de quelques « adminicules ou si elle a été suivie de la possession. » (Voy. aussi Rousseaud de Lacombe, *Jurisprudence civile*, v° RECONNAISSANCE.)

Quoi qu'il en soit, l'article 1337 du Code porte : « Les « actes récognitifs ne dispensent pas de la représentation « du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spé- « cialement relatée. »

784. Pour justifier cette proposition, le rapporteur du Tribunat a dit que « les actes récognitifs n'ont point été « faits dans l'intention de contracter, leur objet n'étant que « de rappeler une obligation déjà existante. » Tout ce qu'il est permis de conclure de là, c'est que l'acte récognitif, comme une copie, doit être censé reproduire le titre primitif, et que les différences, s'il y en a, doivent être présumées provenir d'une erreur. Mais pourquoi ne pas admettre, dans tous les cas, les actes récognitifs, comme les copies régulières, à remplacer le titre original, lorsqu'il est perdu? Après tout, la reconnaissance doit raisonnablement faire foi d'une obligation préexistante, tant que le contraire n'apparaît point. Ce n'est là qu'une forme de l'aveu, et pourquoi

suiv.), pense que Dumoulin a toujours distingué entre les confirmations d'investitures et les reconnaissances proprement dites; mais cette distinction ne nous a point paru ressortir avec netteté des développements de ce savant jurisconsulte.

l'aveu écrit aurait-il moins de force qu'un aveu verbal portant sur l'existence du titre primordial? Vainement dira-t-on, avec un jurisconsulte toujours disposé à prendre la défense des rédacteurs de nos Codes (M. Demante, *Programme*, tom. III, n° 819), qu'une simple reconnaissance, sans explication des causes qui ont produit la dette, peut avoir été surprise à l'ignorance ou arrachée à la faiblesse, et que peut-être aussi la dette reconnue a été éteinte, sans qu'on ait songé à faire supprimer toutes les reconnaissances. Le premier de ces motifs tendrait uniquement à faire relater la substance de l'obligation constatée par le titre primitif, ainsi que la loi l'exige pour les actes confirmatifs (C. civ., art. 1338), mais nullement à faire reproduire ce titre en entier. Quant à la supposition que l'on aurait négligé de retirer les reconnaissances après la libération du débiteur, elle nous paraît bien gratuite; car, cette libération étant nécessairement plus récente que la constitution de la dette, la perte du titre primordial est beaucoup plus probable que celle du titre constatant la libération. En somme, nous aurions compris qu'on eût exigé certaines conditions pour que l'acte récognitif pût remplacer le titre primordial, et, en ce sens, le système de la confirmation, tel que l'enseignait Dumoulin, pouvait se concevoir. Mais c'est aller trop loin que d'exiger la représentation, ou, si on ne peut l'obtenir, la reproduction du titre primordial. Néanmoins, la loi est positive : le simple acte récognitif, dans le système du Code, n'a plus d'utilité que pour interrompre la prescription. (*Ibid.*, art. 2263.)

785. Que faut-il entendre par cette exigence de la loi, que *la teneur du titre primordial soit spécialement relatée?* Suivant l'opinion commune, il faudrait reproduire à peu près littéralement le texte de l'acte primitif, et c'est ce qui semble résulter d'un passage de Dumoulin (*Cout. de Paris*,

tit. II, § 8, n° 89), où il suppose une reproduction complète : *enarrato toto tenore confirmati*. C'est encore à ce passage que Pothier s'est exclusivement attaché. Mais, si l'on étudie dans leur entier les développements de Dumoulin, on voit qu'il est loin d'exiger l'entière reproduction de l'acte primitif, ce qui serait bien peu raisonnable. Il suffit que la reconnaissance contienne la substance de l'acte primitif : *contineat et specificet saltem substantialia actus* (n° 92)..., *si renovatio esset indeterminata*, *nihil operaretur*. (*Ibid.*, n° 93.) Ce grand jurisconsulte nous donne lui-même un exemple d'une reconnaissance *in forma speciali*, en ces termes : *Sicut prædecessor noster... prædecessori tuo concessit talem rem in fundum, ita et nos concedimus*. Il y a loin de là à une reproduction littérale de la première concession. Il faut seulement que la reconnaissance soit *certa et specifica* (*ibid.*), ce qui n'est autre chose que l'application des principes généraux sur l'aveu.

Le texte du Code est-il assez précis pour exclure l'application dans notre droit de cette doctrine si rationnelle? *Relater* la teneur n'est point la reproduire. Et la relation *spéciale* semble même une traduction de la reconnaissance *certa et specifica* dont parle Dumoulin. Après tout, les actes récognitifs ne sont point des copies, et le rapporteur du Tribunat dit avec raison que ces actes, « sans retracer « entièrement et identiquement tout ce qui est contenu « dans un acte précédent, rappellent néanmoins cet acte. » C'est donc se conformer à l'esprit du législateur que d'entendre par la *teneur* de l'acte les conditions constitutives de la convention, clairement et distinctement articulées? Qu'a-t-on voulu, en définitive, en exigeant cette mention? Prévenir le danger de confirmations faites, sans connaissance de cause, d'anciennes concessions? Or, ce danger n'existe point, dès que les dispositions substantielles de

l'acte primordial se trouvent reproduites. La Cour de cassation (Rej., 11 juin 1833) est entrée dans cette voie, en considérant comme un titre récognitif suffisant l'arrêté d'un conseil de préfecture qui rappelait la disposition d'un ancien titre portant concession de droits sur une forêt domaniale, mais sans en renfermer la copie textuelle. Plus récemment, le 15 avril 1867, elle a jugé « qu'on ne saurait « induire des dispositions de l'article 1337 que la transcrip- « tion littérale du titre primordial soit une condition essen- « tielle de la validité du titre récognitif; qu'il suffit que la « convention originaire s'y trouve relatée dans ses clauses « principales. » L'arrêt ajoute que c'est au juge du fait à apprécier souverainement si la convention constitutive du droit se trouve relatée dans ces clauses essentielles. On voit que l'application de l'article 1337 est peu gênante dans la pratique. De plus, les tribunaux peuvent toujours décider en fait, ainsi que l'a fait la Cour de Pau par un arrêt du 14 août 1828, maintenu en cassation le 29 janvier 1829, que l'acte intitulé récognitif avait moins pour but de reconnaître que de remplacer le premier titre, dont la représentation ne saurait dès lors être exigée, puisqu'il n'y a plus qu'à appliquer les principes de la novation.

786. Le Code, après avoir emprunté à Pothier la règle, lui emprunte une exception, puisée également dans l'ancienne doctrine sur les confirmations des investitures.

« Néanmoins », ajoute l'article 1337, « s'il y avait plu- « sieurs reconnaissances conformes, soutenues de la pos- « session, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier « pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. »

D'après cette disposition, le créancier *pourrait* seulement être dispensé de représenter le titre primordial, et il fallait effectivement, suivant Pothier (*Oblig.*, n° 788), que les circonstances fussent favorables, et notamment que le titre

primordial fût très-ancien. Cette condition n'est pas mentionnée par Dumoulin (*ibid.*, n° 90), et aujourd'hui on n'hésitera jamais à se prononcer en faveur du créancier qui a en sa faveur plusieurs reconnaissances soutenues d'une longue possession, puisqu'il est évident que c'est déjà beaucoup trop que de restreindre à cette hypothèse la foi du titre récognitif.

787. La seconde partie de la doctrine de Dumoulin et de Pothier sur les actes récognitifs est beaucoup plus raisonnable. Elle est reproduite en ces termes par l'article 1337 :

« Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, « ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. »

En effet, l'acte récognitif n'ayant point pour but de créer une obligation nouvelle, mais de constater une obligation existante (*non dispositorius, sed declaratorius*), par cela seul que le titre primitif est représenté, ce que contient de plus ou de différent le titre récognitif est censé provenir d'une erreur (Pothier, *Oblig.*, n° 779), à moins que l'intention de faire novation ne soit démontrée. C'est en vertu du même principe que le vice du titre primordial passe au titre récognitif, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 25 octobre 1808, pour un acte entaché du vice de féodalité.

Toutefois, il ne faudrait point considérer comme une extension de l'obligation, que l'on devrait attribuer à une erreur la stipulation de garanties accessoires, telles que la solidarité. Cette stipulation rentre dans la nature des actes récognitifs, qui, d'après la doctrine de Dumoulin, peuvent, sans changer de caractère, innover *circa quædam extrinseca et accidentalia*, et notamment ajouter des garanties, *vim guarrentigiam*. (*Ibid.*, § 18, n° 19.) Il est donc permis de stipuler la solidarité, et on peut également rendre exécutoire le titre récognitif, bien que le titre primordial ne

soit point susceptible d'exécution forcée. (Toulouse, 5 avril 1838.)

788. Il est à remarquer que le texte ne refuse effet qu'à ce que le titre nouvel contient *de plus*. Si le titre nouvel énonce, au contraire, une créance moindre, on supposera facilement, en faveur de la libération (C. civ., art. 1162), que cette énonciation tend à remplacer le premier titre d'après la volonté des parties, et elle produira immédiatement effet. Que s'il n'y a pas eu intention de nover, le titre primordial conserve sa force, et la mention d'une dette moindre est présumée erronée; seulement, la prescription de trente ans peut réduire la dette aux proportions fixées dans l'acte récognitif, tandis que la prescription ne ferait point acquérir au créancier un excédant de créance, non reconnu par l'acte primordial. Pothier (*ibid.*, n° 780), en permettant au débiteur d'invoquer la prescription dans l'espèce, soumet cette prescription à des conditions arbitraires, qui pouvaient être exigées lorsque le créancier invoquait un supplément de créance, mais qui ne sauraient l'être ici, puisque la prescription tend, au contraire, à diminuer le droit du créancier. Pothier ajoute, en effet (n° 780), après avoir énoncé la proposition, qu'il peut en être autrement, s'il y a *moins* dans la reconnaissance que dans le premier titre :

« S'il y a plusieurs reconnaissances conformes et qui « remontent à trente ans, le créancier, en rapportant le « titre primordial, ne pourra pas prétendre plus qu'il n'est « porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription « acquise pour le surplus. »

On a fait observer avec raison que c'est arbitrairement que Pothier exige cette fois *plusieurs reconnaissances conformes*. Le laps de trente ans suffit pour opérer la prescription, lors même qu'il n'y aurait qu'une seule reconnaissance,

disons mieux, lors même qu'il n'y en aurait aucune, si le débiteur justifiait, par la reproduction des quittances, qu'il a payé pendant trente ans une somme inférieure à celle qui avait été stipulée dans l'origine.

789. Le Code italien, éclairé par les critiques dont notre Code a été l'objet sur ce point, est revenu au seul système que la raison avoue : « L'acte récognitif », dit l'article 1340 de ce Code, « fait preuve contre le débiteur, « ses héritiers et ayants droit, si ceux-ci, par la production « du titre primitif, ne démontrent pas qu'il y a eu erreur « ou excès dans l'acte récognitif. »

790. La règle subtile posée par l'article 1337 du Code civil répugne à l'interprétation large et équitable que requiert la simplicité des opérations commerciales. Elle est en harmonie d'ailleurs avec un système de législation fondé presque exclusivement sur la preuve écrite. Là où la preuve testimoniale est admise indéfiniment, une pareille règle ne saurait recevoir son application : d'où la conséquence, consacrée par un arrêt de rejet du 27 décembre 1835, qu'en matière de commerce, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a eu reconnaissance valable d'une dette antérieure.

791. D'autre part, le désir de restreindre la portée d'une disposition vraiment exorbitante a fait imaginer une distinction, plus spécieuse que solide, entre la reconnaissance d'une dette et celle d'un droit réel. L'article 695 du Code disant simplement que le titre constitutif d'une servitude peut être remplacé par un titre récognitif de la servitude, émané du propriétaire du fonds asservi, d'après une opinion accréditée dans la doctrine, suivie même par la jurisprudence de la Cour de cassation (arr. du 16 novembre 1829 et du 2 mars 1836), il n'y aurait point lieu d'exiger pour le titre récognitif d'une servitude les conditions spéciales de

l'art. 1337. Cette opinion nous semble réfutée par une considération bien simple, c'est que les règles du Code civil sur la preuve, bien que placées au titre des *contrats*, régissent incontestablement la matière des droits réels. Faire un triage entre ces règles pour n'appliquer aux droits réels que celles qui paraîtraient raisonnables, c'est tomber inévitablement dans l'arbitraire. Comment la simple mention d'un *titre récognitif* aurait-elle l'effet de déroger par avance aux principes établis ultérieurement sur ce qui constitue un titre récognitif valable? En admettant une exception pour les servitudes, on ne saurait, sans faire la loi, étendre cette dérogation aux autres droits réels, et d'autre part, se refuser à cette extension, c'est tomber dans une véritable contradiction de principes. Ajoutons enfin que la confirmation *in forma speciali* ayant été précisément imaginée pour les concessions de droits réels (n° 783), il est assez singulier de vouloir, au contraire, borner aux créances l'application de cette règle spéciale. Au surplus, la jurisprudence si large qui a prévalu sur l'application de l'article 1337, ôte à la question beaucoup de son intérêt.

§ 2. COPIES.

SOMMAIRE. — 792. Quelles copies peuvent avoir autorité. — 793. Foi exclusive du titre original. — 794. *Secus* pour les actes de l'état civil. — 795. Pour les exploits d'huissier. — 796. Foi décroissante des copies. — 797. Premières expéditions. — 798. Copies qui leur sont assimilées. — 799. Copies dont la foi dépend de l'ancienneté. — 800. Copies qui ne servent que de commencement de preuve. — 801. Copies de copies. — 802. Comment les copies doivent être tirées. — 803. *Compulsoire*. — 804. Cas où on peut invoquer la transcription. — 805. *Quid* de l'enregistrement? — 806. Fait-il plus de foi pour les actes d'huissier?

792. La nécessité de mettre à la disposition de chacune des parties un titre qui lui permette de faire valoir ses droits, en laissant l'original entre les mains de l'officier public, ainsi que l'avantage de multiplier les moyens de preuve, afin de ne pas mettre à la merci d'un accident les intérêts

les plus importants, ont fait introduire depuis longtemps dans notre droit des règles spéciales sur les copies des actes authentiques. Quant aux écrits privés, l'original seul peut faire foi, et les copies qui en seraient délivrées, même par des notaires, n'auraient aucune autorité. Personne n'a qualité officielle pour transcrire ces écrits. D'un autre côté, la reproduction d'un acte authentique par un simple particulier n'aurait aucune foi. Nous n'avons donc à nous occuper que des copies d'actes authentiques délivrées par des officiers publics, tels que les notaires et les greffiers.

793. Le législateur applique d'abord à la preuve littérale cette vérité de raison et d'expérience, que le témoignage direct doit toujours être préféré au témoignage indirect.

Ce n'est là qu'une application du principe plus général, sur lequel insistent avec raison les jurisconsultes anglais, qu'il faut toujours avoir recours au meilleur mode de preuve dont une affaire est susceptible. (Voy. tom. I, p. 308, not. 1.)

« Les copies », dit l'article 1334, « lorsque le titre « original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu « au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. »

Dès que la partie à qui l'expédition, même la plus régulière, est opposée, demande, afin que la conformité soit vérifiée, l'apport de l'original, les juges ne peuvent se dispenser de l'ordonner; la crainte de retarder la marche de la justice ne saurait autoriser le refus de vérification : *Semper oportet ostendi originale*, dit Dumoulin (*Cout. de Paris*, tit. VI, § 8, n° 32) : c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 15 juillet 1829. Mais l'acte est également perdu, par cela seul que le titre original ne se retrouve pas au lieu où il a dû être déposé. Celui qui produit l'expédition n'est pas tenu de rapporter la preuve de l'événement qui a causé la perte de l'original. (Rej., 10 novembre 1830.)

794. Les extraits des registres de l'état civil ont plus d'autorité. La foi qui leur est attribuée, lorsqu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (C. civ., art. 45), s'entend généralement en ce sens, non qu'il faille justifier de leur conformité avec les registres, ce qui obligerait au déplacement perpétuel de ces précieux documents, mais en ce sens que, lorsqu'on déclare qu'ils sont *délivrés conformes*, suivant la formule usitée, la conformité doit se présumer. La partie adverse peut prétendre que cette conformité n'existe pas; mais c'est à elle à en faire la preuve en représentant un nouvel extrait : ce qui donnera lieu à ordonner l'apport des registres, s'il y a désaccord entre les divers extraits présentés. (Bourges, 17 février 1845.) L'opinion contraire, professée par certains auteurs, aurait des inconvénients sensibles dans la pratique, où les actes de l'état civil sont d'une explication si usuelle.

795. Il importe aussi d'observer que la distinction de l'original et de la copie n'est pas applicable aux exploits d'huissier. La copie d'un pareil acte tient lieu d'original à celui qui la reçoit, et, toutes les formalités requises pour la validité intrinsèque de l'exploit devant être accomplies sur la copie, à peine de nullité, il serait frustratoire d'exiger la représentation de l'original.

796. Le législateur applique ensuite aux copies cet autre principe, que la preuve s'affaiblit à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. Il établit en conséquence, quant à la foi des copies, au cas de perte de l'original, une progression décroissante, dont le premier terme est la grosse ou la première expédition, qui est à peu près contemporaine de la minute, et le dernier terme la simple copie de copie. Il est à remarquer que les copies du premier degré ont une force qui n'appartient point au témoignage par ouï-dire. « Le « déposant », dit Bentham (liv. IV, chap. IX), peut avoir

« saisi à la volée le discours qui frappait son oreille, il peut « s'être mépris sur le sens. Le copiste a toujours un original « sous les yeux, il peut y revenir pour s'assurer de son « exactitude. »

797. « Les grosses, ou premières expéditions », dit l'article 1335, « font la même foi que l'original. »

Nous savons déjà que la grosse est la première expédition délivrée en forme exécutoire; mais les premières expéditions où cette formule ne se trouve pas, lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'est pas destiné à être exécuté, comme celui qui constate reconnaissance d'une servitude au profit d'un voisin, sont mises par la loi sur la même ligne que les grosses, et ont effectivement la même force probante[1]. (Rej., 17 messidor an X.) L'importance de ces copies, qui doivent servir de titres aux contractants, et le peu de temps qui sépare habituellement la confection de la minute de la délivrance de la grosse, garantissent suffisamment l'exactitude de la reproduction du titre original. *In effectu et virtute probandi*, dit Dumoulin (*ibid*,. n° 42), *est verum originale*. L'officier public ne peut délivrer qu'une seule grosse à chacune des parties (Loi du 25 ventôse an XI, art. 26), à peine de destitution. Le motif de cette prescription, qui est fort ancienne, se comprend facilement. La délivrance d'une seconde grosse au créancier, sans l'intervention du débiteur, pourrait lui permettre de faire revivre une créance éteinte. Cela a été établi par l'article 178 de l'ordonnance de 1559 : « Propter præjudicium », dit fort bien Dumoulin (*ibid.*, § 46), « quod posset fieri alteri parti : quæ forte satisfecit, « prout apparere posset per cancellationem vel apocham « scriptam in dorso prioris instrumenti. » Quant aux expé-

[1] Le nom de *grosse* n'était connu autrefois que dans les pays coutumiers; on se servait dans les pays de droit écrit des termes de *première expédition*. (Merlin, *Répert.*, v° Grosse, § 1.)

ditions non exécutoires, il est permis sans doute d'en délivrer plusieurs, mais la première seule fait pleine foi, en cas de perte de l'original.

798. « Il en est de même », ajoute l'article 1335 — 1°, « des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, « parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui « ont été tirées en présence des parties et de leur consente- « ment réciproque. »

Dumoulin, dont la doctrine sur les copies a été reproduite par Pothier, dit qu'il faut restreindre aux parties et à leurs successeurs la foi de l'expédition ainsi tirée de leur consentement, ou elles dûment appelées, et qu'il en est autrement à l'égard des tiers. « Hanc conclusionem limito », dit-il (*ibid.*, n° 37), « ut procedat contra eum, cum quo vel « quo vocato solemniter facta est exemplatio, contra quem « plene probat, sicut originale, et retro trahitur ad datam « originalis. Secus contra alium, quia non faceret fidem. » Quels sont les tiers dont il s'agit? S'il s'agit d'un coobligé, d'une caution, d'un codébiteur solidaire, etc., il est clair qu'on ne saurait le forcer à reconnaître pour conforme à l'original une copie dont il n'aurait pas été appelé à contrôler la confection. En cela, la doctrine de Dumoulin est d'une justesse incontestable. Sous ce rapport, les copies dont nous parlons ont moins de force que les grosses ou premières expéditions, que le créancier peut employer contre tous les coobligés, bien qu'il les ait tirées sans se faire donner aucune autorisation. Mais il est plus difficile d'admettre avec ce jurisconsulte qu'il soit impossible d'invoquer contre les tiers les copies dont nous nous occupons, non pour les obliger personnellement, mais pour les forcer à reconnaître l'existence de l'acte reproduit dans la copie, s'il s'agit, par exemple, de leur opposer la prescription de dix ou vingt ans. Suivant Dumoulin, la prescription ne

courrait que de la date de l'expédition, et non de la date du titre original. Et cependant la date de cet original n'est-elle pas un fait dont le notaire a pu se convaincre *propriis sensibus visus et auditus*, comme le dit ce même auteur? Ainsi que le fait très-bien observer Merlin (*Questions de droit*, v° TRIAGE, § 1), il y avait une raison de douter plus plausible du temps de Dumoulin, parce qu'avant l'édit de mai 1597, les notaires n'étaient point chargés de garder les minutes des actes qu'ils avaient reçus (n° 462), et que dès lors ils ne pouvaient, en délivrant la copie, attester la sincérité de l'original. Mais depuis que les mêmes officiers délivrent les actes et en gardent minute, ils ont qualité pour certifier la sincérité de l'original dont ils sont dépositaires. N'est-ce pas dès lors un scrupule exagéré que de ne pas admettre la date de l'original, lorsque la copie qui la relate offre toutes les garanties désirables? Les parties qu'on doit appeler à cette opération sont donc les coïntéressés dont les droits sont indirectement en jeu, mais non les tiers inconnus, sur les intérêts desquels l'acte ne réagit que par contre-coup.

799. « Les copies (*ibid.*, 2°) qui, sans l'autorité du « magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis « la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront « été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a « reçu, ou par un des successeurs, ou par officiers publics « qui en cette qualité sont dépositaires des minutes, peuvent, « au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont « anciennes.

« Elles sont considérées comme anciennes quand elles « ont plus de trente ans. Quand elles ont moins de trente « ans, elles ne peuvent servir que de commencement de « preuve par écrit. »

Deux circonstances empêchent ces copies de pouvoir

ordinairement faire foi complète. Elles ne sont pas tirées à une époque rapprochée du contrat, et elles ne sont pas délivrées du consentement de la partie adverse ou par autorité de justice. Aussi l'exactitude en est-elle moins assurée, et la collusion y est-elle plus à craindre. Toutefois ce dernier danger était le plus grave, car la chance d'erreur est peu considérable au fond, lorsque la copie est collationnée sur la minute par un officier dans les fonctions duquel rentre spécialement la délivrance de pareilles expéditions. Nous ne pouvons donc admettre le motif donné par Dumoulin (*ibid.*, n° 64) et souvent répété : « Tempore « exemplationis non fit instrumentum originale, nec geritur « actus in eo contentus, nec possunt tabelliones esse rogati « de veritate facti in eo contenti, nec illius habere notitiam « propriis sensibus, et hoc est impossibile, quum actus « transierit, et sic non est possibile exemplum esse instru- « mentum authenticum de veritate facti vel actus in origi- « nali contenti. » Cela pouvait être vrai, comme nous venons de le voir, du temps de Dumoulin, lorsque l'officier qui délivrait l'expédition n'était pas le même que le rédacteur de l'original. Mais aujourd'hui il est difficile de soutenir que le notaire à la fois rédacteur et expéditeur n'ait point qualité pour certifier la conformité de sa copie avec l'original. L'officier qui opère la collation atteste des faits dont il a connaissance *propriis sensibus*, et sur lesquels sa profession lui donne des lumières spéciales. Le véritable motif se trouve dans la possibilité d'une collusion, quand l'autre partie n'a pas été appelée, et c'est pour cela que, l'ancienneté rendant cet accord frauduleux peu vraisemblable, les copies, au bout de trente ans, font foi complète, quand elles ont été délivrées par le dépositaire légal de la minute. Si, au contraire, c'était la présomption d'inexactitude qui dominait, il serait déraisonnable de transformer

au bout de trente ans l'erreur en vérité. « Non potest anti-« quitas », dit Dumoulin lui-même (*ibid.*, n° 76), « de novo « inducere in totum probationem quæ nulla est, sed eam « demum, quæ aliqua est, adjuvare. »

Quant l'acte a moins de trente ans[1], le législateur le considère comme un commencement de preuve par écrit; car, si la fraude est possible, elle est loin d'être certaine, et la preuve testimoniale peut permettre d'arriver à la vérité. C'est là une des exceptions apportées, dans cette matière, au principe que le commencement de preuve doit émaner de la partie adverse. La présomption de l'exactitude d'une copie délivrée par un officier public, bien qu'en l'absence de la partie adverse, égale bien la force des indices que peut présenter une simple note émanée de cette partie. Au surplus, les présomptions seront admissibles, par cela seul que la preuve par témoins est recevable, et ce sera à ces présomptions qu'on aura recours pour la preuve, lorsque l'acte, bien qu'ayant moins de trente ans, sera assez ancien pour que l'enquête ne puisse présenter aucune utilité sérieuse.

800. « Lorsque les copies (*ibid.*, 3°) tirées sur la minute « d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, « ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics « qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles « ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que « de commencement de preuve par écrit. »

On conçoit qu'un officier public qui n'est pas dépositaire légal de la minute, n'ait point qualité pour délivrer une copie qui puisse faire foi, au cas de perte de l'original; et en effet, lorsqu'il collationne l'expédition, il peut fort bien attester la conformité qui existe entre les deux écrits, mais rien ne

[1] Il n'est pas nécessaire que la copie soit datée; la date peut en être établie par les circonstances de la cause. (Rej., 10 novembre 1830.)

lui assure que la prétendue minute qu'on lui présente est un véritable original, et sans aucun dol de sa part, il peut facilement devenir l'instrument d'une fraude[1]. On a donc décidé avec sagesse qu'un document de cette nature ne peut jamais servir tout au plus que de commencement de preuve par écrit. « Non audeo simpliciter dicere », dit Dumoulin (*ibid.*, n° 75), « quod nullam præsumptionem, nullum indicium « faciat. »

Cette décision recevait de fréquentes applications au seizième siècle, alors que la conservation des actes n'était pas garantie, comme aujourd'hui, par la défense imposée aux notaires de se dessaisir des minutes sous aucun prétexte. (Loi. de vent., art. 22.) A cette époque, les actes les plus importants étaient souvent délivrés en brevet, et les parties s'adressaient ensuite à un notaire quelconque, pour s'en faire délivrer une expédition. Aujourd'hui que les minutes demeurent chez le notaire, il n'arrivera que dans des cas exceptionnels, par suite de la violation de la loi ou de quelque accident, qu'une expédition soit délivrée par autre que par le notaire dépositaire de la minute ou par son successeur; puisque dans le cas où le greffier se trouve momentanément investi du pouvoir de délivrer copie d'actes déposés au greffe, il en est le dépositaire légal, et que ses expéditions ont alors autant d'autorité que celles d'un notaire. (C. de proc., art. 245.)

801. Enfin, « les copies de copies (*ibid.*, 4°) pourront, « suivant les circonstances, être considérées comme de « simples renseignements. »

Dumoulin (*ibid.*, n° 33) compare les copies de copies au témoignage du second degré : « Exemplum exempli nullo

[1] Ce n'est là, suivant les expressions des praticiens, qu'un simple *viditmus*, auquel certains auteurs, cités par Delapoix de Fréminville dans son *Livre universel des terriers*, tom. III, refusaient absolument toute autorité.

« modo probat, sicut nec testimonium de auditu auditus, « vel de auditu alieno. » Aujourd'hui que l'audition des témoins n'est plus soumise à des règles préconçues, nous avons vu que le témoignage du second, du troisième degré, etc., doit être accueilli avec défiance, mais ne peut être repoussé *de plano*. La foi des écrits étant, au contraire, soumise à des règles fixes, le Code, toujours fidèle à la doctrine de Dumoulin, ne voit pas même un commencement de preuve dans la copie de copie, que nous supposons cependant toujours tirée par un officier public. Il serait plus exact de dire avec Pothier (*Oblig.*, n° 776), qu'une pareille copie aura tout au plus la foi de la copie sur laquelle elle est tirée, et qu'elle pourra en avoir moins suivant les circonstances. L'ancienne jurisprudence, du reste, était loin d'être rigoureuse pour les copies de copies, puisque l'on cite un arrêt du parlement de Paris, du 22 juillet 1763, qui maintint la princesse de Nassau dans les droits que lui concédait une charte du 24 juin 1329, bien que l'existence de cette charte ne fût constatée que par une troisième copie collationnée, le 11 février 1746, sur une seconde copie, collationnée elle-même, le 6 avril 1486, sur une copie première, collationnée sur l'original, le 12 décembre 1429.

Peu importe même, ajoute Dumoulin, que l'expédition dont on tire une nouvelle copie offre toutes les garanties désirables : « Etiam si esset sumptum de exemplo solem- « nissime exemplato cum vero, et publico, et indubitato « originali, et judice authore, etiam partibus præsentibus « et expresse consentientibus. » Il y a de l'exagération dans cette règle absolue. Si la copie de copie a été tirée par l'officier dépositaire de la minute, à une époque voisine de la confection de cette minute, perdue depuis par accident, sur une grosse dont la foi se confond avec celle de la minute, on eût pu autoriser le juge à voir, suivant les circonstances,

dans cette copie du second degré un commencement de preuve par écrit. Ce que du moins l'on peut difficilement nier aujourd'hui, c'est que le consentement des parties ne puisse élever à un degré supérieur d'autorité la copie de copie. La Cour de cassation a décidé avec raison (Rej., 17 décembre 1838) que des copies de copies peuvent faire foi lorsqu'elles ont été reçues dans le procès sans contradiction. Pourquoi n'en serait-il pas de même de celles qui sont tirées du consentement réciproque des parties?

Mais que veut dire la loi, lorsqu'elle dit que ces copies pourront servir de *simples renseignements?* Les actes les plus informes ne seraient-ils pas des renseignements, en ce sens que le juge pourrait les consulter, afin de se mettre sur la trace de preuves plus sérieuses? Le principal effet que Dumoulin (*ibid.*, n° 35) attribue aux copies de copies, c'est de permettre à celui qui les invoque de faire les fruits siens : avantage qui ne saurait résulter d'un document informe, comme une copie qui serait l'œuvre d'un simple particulier. Rien n'empêche d'admettre aujourd'hui cette solution. On a proposé également d'autoriser le juge à se baser sur des renseignements de cette nature pour déférer le serment supplétoire. Il n'est pas sans exemple, après tout, qu'un écrit permette de déférer le serment sans autoriser pour cela l'administration de la preuve testimoniale, puisque nous avons reconnu (n° 780) que tel est le système de la loi quant à la foi des marchands vis-à-vis des particuliers. Cette faculté d'accorder ainsi une certaine valeur judiciaire aux copies de copies tempérerait ce qu'a de trop absolu la proposition générale du législateur.

Il ne faut pas confondre, du reste, avec les copies de copies les expéditions prises sur les *copies figurées*, que le notaire est autorisé à tirer, lorsque la minute se trouve retenue au greffe par suite d'une procédure. (Loi de vent.

art. 22; C. de proc., art. 203.) Ces copies figurées sont placées au rang des minutes, et dès lors les expéditions qui en sont délivrées sont des copies du premier degré.

802. Toutes les copies dont nous avons parlé, sauf les grosses ou premières expéditions, dont la délivrance se rattache au ministère du notaire dans la rédaction de la minute, doivent être tirées par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins. Autrement, il faut dire avec Dumoulin et Pothier (*Oblig.*, n° 775) qu'elles sont complétement informes : « Persona publica, agens contra offi-« cium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona « publica. »

803. Le Code de procédure (art. 839 et suiv.) a déterminé la marche qu'il faut suivre pour obtenir l'expédition d'un acte, lorsqu'elle est refusée par l'officier dépositaire de la minute. Cette procédure, connue sous le nom de *compulsoire*, n'offre dans ses détails aucune particularité intéressante, sur laquelle nous devions nous arrêter.

804. Indépendamment des expéditions que peuvent délivrer les notaires ou greffiers des actes dont ils sont dépositaires, ces actes sont souvent transcrits au bureau du conservateur des hypothèques : opération déjà fort usitée avant que la législation de 1855 l'eût rendue de nouveau nécessaire pour la translation de certains droits à l'égard des tiers. Le conservateur des hypothèques ne fait en réalité qu'une copie de copie, puisqu'on ne lui représente pas la minute, mais une expédition, et si l'on s'en tenait à la rigueur des principes posés, la transcription ne pourrait servir que de simple renseignement. Mais cette reproduction, qui est faite ordinairement sur la grosse, à une époque très-rapprochée de la confection de l'acte, par un officier chargé spécialement de cette fonction, a paru pouvoir mériter plus de confiance que les autres copies de copies. La loi permet d'y voir un com-

mencement de preuve par écrit (art. 1336), à condition :

« 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, « de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient « perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de « cet acte a été faite par un accident particulier;

« 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui « constate que l'acte a été fait à la même date. »

Ces deux conditions, en l'absence desquelles on peut douter qu'il ait jamais existé un original, étaient déjà exigées par Pothier, quant à la foi que pouvait mériter de son temps le registre des insinuations. Le Code civil ajoute une troisième précaution, qui n'est pas moins raisonnable.

« Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circon- « stances, la preuve par témoins sera admise, il sera néces- « saire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent « encore, soient entendus. »

805. Ce qui est dit de la transcription peut-il s'appliquer à l'enregistrement, lorsque toutes les circonstances que nous venons d'indiquer se trouvent réunies? Plusieurs auteurs le pensent, en se fondant sur ce qu'en fait l'existence de l'écrit est assez vraisemblable pour qu'on puisse décider qu'il y a un commencement de preuve. Un arrêt de rejet du 16 février 1837 s'est prononcé en ce sens, mais dans une espèce très-favorable : il s'agissait d'une simple procuration, et l'enregistrement relatait la date, les noms des parties et l'objet du mandat. On doit l'avouer, il est peu vraisemblable en soi, lorsque le répertoire du notaire s'accorde avec les registres de l'administration, qu'une double fraude ait été pratiquée. Il serait donc peut-être à désirer que telle fût la décision de la loi. Mais il ne faut pas perdre de vue le principe que le commencement de preuve doit émaner de celui contre qui la demande est formée. La loi fait exception à ce principe en ce qui concerne la transcription; mais il n'y

« rapide », dit M. Wills, dans son remarquable traité sur ce sujet (*Circumstantial evidence*, chap. II, sect. 1), « qu'il est « souvent difficile et même impossible de saisir le lien qui « rattache le jugement au raisonnement dont il est le ré- « sultat; ils semblent se succéder instantanément par une « sorte de nécessité, comme le tonnerre suit l'éclair. » Il n'en est pas de même dans les présomptions. Alors, non-seulement l'existence du fait sur lequel repose l'induction doit être au préalable clairement établie, mais cette induction elle-même ne repose que sur une probabilité, dont la force peut varier à l'infini. Le lien qui rattache le fait connu au fait inconnu est purement conjectural. Il importe de vérifier avec soin la justesse, souvent plus solide qu'apparente, du raisonnement qui conduit de l'un à l'autre. (Nos 16 et 29.) Aussi la preuve qui se fonde sur des présomptions a-t-elle été souvent nommée *artificielle*, non qu'elle soit purement arbitraire, mais parce qu'elle est toujours plus ou moins l'œuvre de la raison de l'homme.

808. Nous ne considérons pas toutefois comme présomptions les inductions qui sont fondées sur des lois constantes de la nature. Ainsi, une femme qui serait devenue enceinte en l'absence de son mari, ne serait pas reçue à soutenir, pour se défendre de l'accusation d'adultère, que sa grossesse a été spontanée : les faits miraculeux ne sauraient être admis dans la pratique judiciaire. Des inductions aussi concluantes ont plus de force que le témoignage même, et se confondent dans l'usage avec l'évidence immédiate. La présomption suppose qu'il y a doute, que la relation de certains effets à certaines causes n'est pas certaine, mais plus ou moins probable. C'est ainsi que Quintillien distingue (*Instit. orat.*, liv. V, ch. IX) ce qu'il appelle *signa* en deux classes : « Alia « sunt quæ necessaria sunt, quæ Græci vocant τεκμήρια, alia « non necessaria, quæ σημεῖα. Priora illa sunt quæ aliter ha-

« bere se non possunt, quæ mihi vix pertinere ad præcepta « artis videntur. Nam ubi est signum insolubile, ne ibi lis « quidem est... Alia sunt signa non necessaria, quæ, etiamsi « ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen « adjuncta cæteris plurimum valent. »

Les inductions de cette dernière espèce, désignées habituellement sous le nom d'*indices*, que leur donnait déjà Quintilien, sont les seules dont nous ayons à nous occuper. Cette distinction est importante en Angleterre, car, dans ce pays, c'est à la magistrature, et non pas au jury[1], qu'il appartient de statuer sur les présomptions qui se confondent avec l'évidence. (Blaxland, *Cod. rer. Angl.*, p. 500.)

809. Les présomptions méritent-elles plus de foi que les témoignages directs? On peut être tenté de leur donner la préférence, si on se préoccupe du danger de la corruption des témoins, de l'altération des écrits : d'où l'axiome de la jurisprudence anglaise, que les faits ne mentent pas (*facts cannot lie*). Mais, si le témoignage muet qu'on puise dans les indices ne peut être suspect de mensonge comme le témoignage de l'homme, il peut cependant quelquefois être l'œuvre du dol; il n'est pas sans exemple qu'une perfide combinaison ait préparé à l'avance certains signes, pour faire croire à l'existence d'un délit supposé. Bien plus, lors même que les indices sur lesquels se fonde la présomption sont à l'abri de tout soupçon de fausseté, le rapport qui peut exister entre ces indices et la réalité du fait litigieux est souvent très-équivoque, tandis que, la sincérité du témoignage une fois établie, la vérité du fait attesté en ressort avec évidence. Du reste, il est difficile de poser sur ce point des règles générales, la foi des présomptions variant

[1] Au civil comme au criminel, puisque le jury existe en Angleterre dans toutes les juridictions.

à l'infini suivant les circonstances, et leur réunion leur donnant souvent une force dont elles seraient complétement dépourvues si elles étaient isolées.

810. La question de savoir jusqu'à quel point tel élément connu rend vraisemblable l'existence de telle ou telle cause inconnue, subordonnée par sa nature aux lumières de la raison, dépend en général uniquement de l'appréciation du juge. Mais, dans les cas les plus importants, la loi, voulant assurer la stabilité de certaines positions et couper court à certaines controverses, a établi des présomptions auxquelles le juge est obligé de se conformer. Il y a donc des présomptions légales, comme des preuves légales. Ce n'est pas qu'il résulte des présomptions établies par la loi une certitude complète des faits que le juge est obligé d'en conclure; ainsi, la circonstance qu'un enfant est conçu pendant le mariage n'est pas une preuve absolue de la paternité du mari. Mais, dans le cours ordinaire des choses, la vertu des femmes est la règle, le vice l'exception; le mariage avec la mère de l'enfant rend donc la paternité assez vraisemblable pour qu'on ait pu, dans un intérêt de sécurité sociale, établir entre ces deux événements le rapport de cause à effet, sauf le désaveu dans certains cas déterminés.

811. Avant de parler des présomptions auxquelles la loi attache une force toute particulière, occupons-nous des présomptions simples, c'est-à-dire de celles qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

812. Il faut observer que nous n'aurons pas à développer ici les règles d'une procédure spéciale. Les présomptions n'exigent ni l'audition de témoins, ni la vérification d'écrits: elles donnent simplement lieu d'ordinaire à une discussion dans les requêtes[1] ou dans les plaidoiries. Néanmoins, la

[1] En fait, à part certaines procédures, telles que l'inscription de faux,

recherche des indices est souvent l'objet soit d'une vérification directe par le juge, soit d'une expertise, points dont nous avons traité dans la première partie de cet ouvrage. L'instruction préparatoire, en matière criminelle, où les indices jouent souvent un grand rôle, est une des formes les plus usuelles de la vérification directe et de l'expertise.

où les requêtes d'avoué sont une plaidoirie par écrit, il y a rarement une discussion sérieuse dans ces actes, que l'on remplacerait avantageusement par des conclusions motivées.

LIVRE PREMIER

PRÉSOMPTIONS SIMPLES.

SOMMAIRE. — 813. Force des présomptions, soit au civil, soit au criminel.

813. Dans les législations qui abandonnent en toute matière les preuves à l'appréciation du juge, c'est à lui à peser la valeur des indices, comme celle des témoignages, et aucune règle ne vient restreindre *a priori* la force des présomptions. C'est ce qui avait lieu à Rome : « Indicia certa », disait Dioclétien (L. 19, Cod., *De rei vind.*), « non minorem « probationis quam instrumenta continent fidem. » Mais dans notre droit, qui soumet à des preuves préconstituées les conventions des parties, il fallait, à peine d'inconséquence, exclure les présomptions là où on excluait la preuve par témoins, afin de mettre alors les contractants dans la nécessité de rédiger un écrit. De là le peu d'autorité des présomptions en matière civile, où la plupart des procès se rattachent à des conventions. Au criminel, au contraire, où il s'agit presque toujours de simples faits, elles ont une extrême importance, puisqu'elles peuvent souvent motiver une condamnation capitale. Ici, comme pour la preuve testimoniale, il faut s'attacher à la nature des questions, et non pas au caractère de la juridiction saisie : les présomptions seront admissibles au civil, lorsqu'il ne s'agira pas de dispositions qui doivent être constatées par écrit, lorsqu'on demandera, par exemple, la réparation civile d'un délit; elles seront, au contraire, repoussées au

criminel, lorsqu'il s'agira d'établir préalablement l'existence d'une convention qui devait être constatée par écrit, d'un dépôt, par exemple, dont on alléguerait la violation.

PREMIÈRE SECTION.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 814. Force des présomptions simples mal définie dans l'ancien droit. — 815. Système du Code. — 816. Admissibilité des présomptions en matière commerciale. — 817. Quels caractères doivent avoir les présomptions. — 817 *bis*. Elles peuvent être puisées dans une procédure criminelle.

814. L'admissibilité, en matière civile, des preuves circonstancielles n'était pas régie par des principes bien certains dans l'ancienne jurisprudence. Bien que l'esprit de l'ordonnance de Moulins, qui voulait des preuves stables et fixes, dût porter à exclure les présomptions dans tous les cas où l'on excluait l'enquête, le texte de l'ordonnance ne les repoussant pas, on s'en tenait aux règles posées par les jurisconsultes romains, et par conséquent on laissait au juge un pouvoir illimité pour se décider suivant les circonstances. Danty (Add. sur le chap. VII de Boiceau, § 62 et suiv.) admet bien la doctrine qui met l'autorité des présomptions sur la même ligne que celle de la preuve testimoniale; ainsi, il applique aux présomptions la règle *testis unus, testis nullus* (voy. n° 817), à moins qu'il ne s'agisse d'une présomption *juris et de jure;* mais il n'en conclut point que la même exclusion doive s'appliquer en ce qui touche l'une et l'autre preuve. Pothier s'exprime d'une manière extrêmement vague : il mentionne certaines présomptions simples, comme celle qu'établit, en faveur d'un huissier ou d'un procureur, la possession des titres de la partie, qu'il prétend lui avoir donné pouvoir d'agir en son nom. Puis il ajoute (*Oblig.*, n° 849) : « Les autres présomptions que nous appelons

« *simples* ne forment pas seules et par elles-mêmes une « preuve; elles servent seulement à confirmer et à compléter la preuve qui résulte d'ailleurs. » Mais quelles étaient les présomptions non établies par une loi, qui pouvaient faire preuve? Quelles étaient, au contraire, celles qui n'avaient qu'une force subsidiaire? Il est évident que tout cela dépendait de l'appréciation arbitraire du juge. Aussi voyons-nous quelquefois l'ancienne jurisprudence s'attacher à des indices très-faibles dans des causes d'un grand intérêt. Ce fut ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris adjugea à la ville d'Auxerre une maison que l'évêque avait commencé à bâtir, et dont un très-petit nombre de présomptions annonçaient qu'il avait eu le dessein de faire un collége, bien qu'il n'eût ni fait ni même médité aucun acte de donation ou de fondation. La Cour de cassation a décidé en conséquence, par un arrêt de rejet du 22 mars 1810, que le Code civil a innové en disant dans l'article 1353 :

315. « Les présomptions qui ne sont pas établies par la « loi sont abandonnées à la lumière et à la prudence du « magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions « graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins « que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

Ces dernières expressions : *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*, sont une véritable redondance; car il n'est pas douteux que la preuve testimoniale ne soit admissible pour établir la fraude ou le dol, qui sont de simples faits, dont on n'a jamais exigé qu'il fût représenté une preuve écrite. Sans doute, comme l'ont fait remarquer nos anciens auteurs (Merlin, *Répert.*, v° INDICES, § 2), il était nécessaire d'admettre la preuve circonstancielle de la fraude, qui souvent ne peut être constatée directement, ni par écrit, ni même par témoins. Mais à plus

forte raison la preuve testimoniale est-elle admissible. Il eût donc suffi de mettre, en général, l'admissibilité des présomptions sur la même ligne que celle de l'enquête. (Voy. les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat.) Nous disons en général, parce qu'il n'est pas sans exemple de voir admettre la preuve testimoniale, sans que les présomptions soient admissibles, ainsi qu'on le décide au criminel (n° 599) pour la preuve contraire contre les procès-verbaux; au civil même, pour la preuve de la filiation. (N° 211 *bis*.)

Mais une pareille dérogation au droit commun ne doit pas être facilement supposée. (Voy. n° 192.) Dans les procès civils, on peut établir par de simples présomptions toute espèce de fraude à la loi, notamment le fait qu'un successible a reçu des sommes excédant la quotité disponible. (Rej., 20 mars 1865.) On peut également avoir recours aux présomptions là où il était moralement impossible de se procurer une preuve écrite, et où, par conséquent, la preuve testimoniale était admissible. C'est ainsi que la Cour de cassation a reconnu, en principe, qu'il est permis de faire tomber une adoption rémunératoire, en établissant, même par de simples présomptions, la fausseté des causes qui ont motivé l'adoption; mais qu'à cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. (Rej., 14 juin 1869.)

Le système de notre Code sur les présomptions n'est point admis dans toutes les législations. La procédure autrichienne (voy. M. Gennari, *Teoria delle prove*, p. 63) n'admet point les présomptions simples, là où la preuve testimoniale est admissible[1], fussent-elles fortifiées par le serment supplétoire du demandeur. Sans aller aussi loin, la jurisprudence de Naples (arrêt de la Cour suprême du 11 mars 1851, cité

[1] Cela s'explique, du reste, par la facilité avec laquelle la législation autrichienne (n° 139) admet la preuve par témoins.

dans la traduction sicilienne de ce traité) voulait qu'avant de faire usage des indices, on discutât sur l'admissibilité de la preuve par témoins. Aujourd'hui le Code italien (art. 1354) reproduit purement la disposition de notre Code civil.

816. Les présomptions, étant sur la même ligne que la preuve testimoniale, sont toujours admissibles, suivant l'ancienne coutume (Merlin, *ibid.*, n° 1), en matière commerciale, où cette preuve est recevable par cela seul que le tribunal croit devoir l'admettre. (C. de *comm.*, art. 109.) D'où cette double conséquence, qu'on peut établir par de simples présomptions l'existence d'un engagement commercial, quelle qu'en soit l'importance (Rej., 31 mai 1836 et 26 septembre 1861); et que, suivant la doctrine qui autorise en matière de commerce l'administration de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes (n° 145), on peut également se fonder sur des présomptions pour prouver contre les énonciations contenues dans un écrit commercial. (Rej., 28 mars 1821 et 10 avril 1860.)

817. Quels caractères doivent avoir les preuves circonstancielles pour faire foi en justice? Danty (*loc. cit.*), appliquant aux présomptions les règles que l'on suit pour apprécier les dépositions des témoins, veut qu'elles soient graves et précises; puis il ajoute, par application de la règle *testis unus, testis nullus*, qu'une seule présomption ne suffit pas, que plusieurs doivent concourir pour établir la réalité des faits allégués. Le Code, qui veut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*, semble un écho de cette doctrine, qui a été reproduite par Toullier. (Tom. X, n° 21.) Mais, si on pouvait concevoir jadis qu'on exigeât *à priori* une certaine quantité et une certaine qualité d'indices, de même qu'on exigeait tel nombre et telle nature de témoignages pour opérer la conviction, aujourd'hui que l'administration de la

preuve testimoniale est affranchie de ces entraves, elles doivent également disparaître en ce qui touche les preuves circonstancielles. Un fait isolé peut donner lieu à des inductions d'une extrême gravité, et, il faut l'avouer, la plupart des présomptions légales ne reposent effectivement que sur un fait unique. Toutes les fois que la loi n'a point dit le contraire, les anciens principes sur la preuve légale ont perdu leur force, au civil aussi bien qu'au criminel (n° 292), et le législateur s'adresse, en principe, aux magistrats aussi bien qu'aux jurés, dans l'instruction du 21 octobre 1791 sur la procédure criminelle, dont les termes sont reproduits par notre Code d'instruction (art. 342) : « La loi ne de-
« mande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils
« se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles
« desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la
« plénitude et la suffisance d'une preuve... La loi ne leur
« dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel
« ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus :
« Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute
« preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de
« telles pièces, de tant de témoins ou *de tant d'indices :* elle
« ne leur fait que cette seule question : Avez-vous une in-
« time conviction? »

En ce qui touche la gravité, la précision et la concordance, ce sont, à la vérité, de précieuses qualités; mais on doit les rechercher également dans les dépositions des témoins, bien que la loi n'en parle pas, et on ne peut les considérer ici que comme indiquées à la conscience du juge. Aussi la Cour de cassation a-t-elle rejeté, le 27 avril 1830, un pourvoi fondé sur ce singulier motif que les présomptions dans l'espèce n'étaient pas graves, précises et concordantes, comme s'il était possible de voir là une question de droit. A plus forte raison a-t-elle refusé (Rej., 5 dé-

cembre 1849) de voir un *excès de pouvoir* de la part d'un juge de paix qui avait refusé d'admettre des présomptions que l'on disait graves, précises et concordantes. (Voy. aussi Rej., 14 juin 1869.)

Un système moins heureux encore, dont cette même Cour a fait justice (Rej., 11 novembre 1806), consistait à soutenir que, dans le cas prévu par un texte fameux de Papinien (L. 26, D., *De prod.*), cité par Pothier et fort en honneur dans l'ancienne jurisprudence, l'induction n'était admissible qu'autant que l'espèce présentait la réunion des diverses circonstances énumérées par la loi romaine. Il est par trop évident que la loi *Procula* n'a chez nous qu'une autorité de doctrine, et que la prétendue violation de cette loi ne saurait donner lieu à un pourvoi en cassation.

817 *bis*. On s'est demandé s'il est permis au juge civil de puiser dans une procédure criminelle les éléments qui déterminent sa conviction. La Cour de cassation a reconnu, le 2 mai 1864, que rien ne limite, à cet égard, les pouvoirs du juge : « Attendu que l'article 1353 autorise les « tribunaux à admettre les présomptions, pourvu qu'elles « soient graves, précises et concordantes, lorsque la preuve « testimoniale est elle-même admissible; qu'il abandonne « l'appréciation de ces présomptions à la conscience, qu'elles « peuvent résulter pour lui d'une procédure criminelle, « et qu'aucune loi ne lui interdit d'y puiser à l'occasion « d'une instance civile les éléments de sa conviction. » La Cour de Rouen (20 février 1867) a consacré cette faculté, au cas même où la procédure qui renferme ces éléments de conviction a été close par une ordonnance de non-lieu. Des faits insuffisants pour démontrer la culpabilité peuvent suffire pour servir de base à une condamnation civile.

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 818. Importance des indices dans le droit pénal. — 819. Division.

818. Au criminel, les présomptions, qu'on appelle plus volontiers *indices*, ont une extrême importance. Les délits étant souvent commis sans témoins, il devient nécessaire de s'attacher aux preuves circonstancielles, quelque inférieures qu'elles soient aux preuves directes.

819. Nous allons parler d'abord de l'admissibilité des indices; puis nous présenterons quelques observations sur leur classification, et sur la manière dont il convient de les discuter.

§ 1. ADMISSIBILITÉ DES INDICES.

SOMMAIRE. — 820. Importance des indices à Rome. — 821. Force des indices complétée par la torture, dans notre ancien droit. — 822. Peine extraordinaire, et mise hors de cour. — 823. Principe posé par le Code d'instruction. — 824. Nécessité d'une discussion contradictoire. — 825. Législation autrichienne sur les indices. — 826. Cas où l'on admet les témoins sans admettre les indices.

820. On a reconnu de tout temps que la preuve par indices présente de graves dangers. « Nec de suspicionibus « debere aliquem damnari divus Trajanus rescripsit », nous dit Ulpien. (L. 5, D., *De pœn.*) D'un autre côté, Gratien permet de se servir « indiciis ad probationem indubitatis et « luce clarioribus ». (L. ult., Cod., *De probat.*) On sait, du reste, que les jurisconsultes romains n'avaient jamais cherché à fixer la limite qui sépare le doute de la certitude. En matière de présomptions, comme en matière de témoignages, ils n'avaient pas la prétention déraisonnable d'enchaîner la conscience du juge par des règles de droit, comme si la conviction légale reposait sur d'autres bases

que la conviction morale; ils ne voulaient que lui donner de sages conseils. Nous voyons, par les écrits de Cicéron et de Quintilien, que les indices jouaient un grand rôle dans les accusations criminelles à Rome. Comme, dans le système des accusations privées, on ne procédait pas à un interrogatoire en forme de l'accusé, on n'avait d'autre ressource, après l'audition des témoins, que la discussion des preuves circonstancielles, discussion qui, par sa nature même, prêtait singulièrement aux effets de l'art oratoire.

821. Dans le système inquisitorial, qui tend à la recherche directe de la vérité, l'examen des indices n'est pas seulement un texte pour les plaidoiries, c'est un moyen d'information qu'il faut combiner avec les dépositions des témoins, et surtout avec l'interrogatoire de l'accusé. Provoquer des explications orales pour éclairer les preuves circonstancielles, au lieu de les discuter purement et simplement *in abstracto*, c'est là évidemment un progrès sensible en législation. Malheureusement, un désir exagéré d'arriver à la découverte de la vérité fit employer la voie la moins propre à atteindre ce but, la contrainte physique. Toutes les fois qu'il n'y avait pas confession de l'accusé, ou attestation de deux témoins irréprochables, les indices, quelque graves qu'ils fussent, ne pouvaient pas généralement (voy. n° 828) donner lieu à une condamnation capitale, mais seulement à l'emploi de la torture : singulier scrupule, qui, pour ne pas condamner trop facilement un coupable, courait risque de faire subir à un innocent un mode d'instruction qui était à lui seul un véritable supplice! La question préparatoire était une sorte d'épreuve légale, qui avait pour effet, si elle était favorable à l'accusé, de purger les indices. « Torturæ tanta « vis est », dit Farinacius (Quest. 40, n° 1er), « ut in ea « persistens negando vel non persistens fatendo, quidquid « dixerit, puram veritatem dixisse præsumatur. » « Lorsque

« l'accusé », dit Pothier (*Traité de la proc. crim.*, sect. V, art. 2, § 3), « n'a point confessé à la question le crime « dont il est accusé, si le jugement qui a ordonné la ques- « tion ne fait pas réserve de preuves, toutes les preuves et « les indices qui étaient au procès contre l'accusé sont pur- « gés par la question ; et, s'il n'en survient pas de nouvelles « entre la question et le jugement, il doit être absous. » Cette faculté de réserver les indices est tout ce qu'on peut concevoir de plus arbitraire. Aussi plusieurs auteurs voulaient-ils au moins que le *manentibus indiciis* ne pût être prononcé que par les Cours souveraines[1] ; l'ordonnance de 1670 (tit. XIX, art. 2) n'en établit pas moins cette faculté pour toutes les juridictions, contre l'avis du président Lamoignon. Lorsque cette réserve n'était pas faite, l'énergie morale de l'accusé, ou même la force de ses nerfs, avait la vertu d'anéantir toutes les charges qui pouvaient peser précédemment sur lui. Si, au contraire, un aveu était extorqué par la torture, cet aveu donnait une fausse sécurité au juge, qui condamnait, sans s'imposer l'obligation de scruter la valeur réelle des indices. Jamais il n'y a eu plus de condamnations injustes que sous l'empire d'une jurisprudence qui défendait de prononcer la peine capitale sur de simples indices. L'histoire si connue de la *Pie voleuse* n'est qu'un exemple malheureusement trop réel de ces déplorables erreurs judiciaires[2].

822. S'il ne peut plus être question aujourd'hui de suppléer, à l'aide de la torture, à l'insuffisance des présomp-

[1] La question avec réserve des preuves était une peine qui était considérée comme plus rigoureuse que celle des galères perpétuelles. (Ord. de 1670, tit. XXV, art 13.) Cette réserve permettait d'appliquer les peines autres que la peine de mort. (*Ibid.*, tit. XIX, art. 12.)

[2] On sait que le souvenir de ce triste événement fut consacré à Paris, jusqu'à la révolution de 1789, par une messe connue sous le nom de *Messe de la Pie*, à laquelle les magistrats assistaient en robes rouges.

tions qui militent contre l'accusé, une autre erreur qui est loin d'être entièrement déracinée, et que nous avons déjà eu occasion de combattre (n° 52), c'est celle qui consiste à prononcer dans le doute, suivant l'expression bizarre de Papon, *quelque gracieuse condamnation*. Ce moyen terme, aussi contraire à la justice qu'à la logique, bien que repoussé, ainsi que nous l'avons vu, dès 1737 par le chancelier d'Aguesseau, s'est longtemps maintenu dans la doctrine. Nous le retrouvons encore dans Merlin : « S'il n'était question », dit-il en parlant des délits contraires aux mœurs (*Répert.*, v° INDICES, n° IV), « que de prononcer une peine « légère, et plutôt correctionnelle qu'afflictive ou infamante, « on ne devrait pas être aussi rigoureux sur les preuves, « parce que, quand l'accusé ne serait pas coupable du délit « qu'on lui impute, il serait toujours répréhensible d'avoir « donné lieu par sa conduite à des soupçons scandaleux. » On trouve encore ce système, ainsi que *la mise hors de cour*[1] et *le plus amplement informé*, dans certaines législations germaniques. Mais il n'y a rien de pareil dans notre droit français moderne, qui ne reconnaît pas de milieu entre la culpabilité et l'innocence. Aussi l'article 727 du Code civil ne déclare-t-il indigne que celui qui a été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, tandis qu'autrefois de simples soupçons suffisaient pour autoriser à prononcer l'indignité. Ce fut ainsi que, dans l'affaire de la *Belle tonnelière*, le parlement de Paris déclara, le 3 juin 1766, que l'indignité pouvait résulter d'un simple jugement de plus amplement informé.

823. Toutes les restrictions relatives à la foi des indices

[1] Nous avons vu (tom. I, p. 57, not. 1) que la mise hors de procès, en Autriche, après avoir été rétablie par les lettres patentes de l'empereur, en date du 31 décembre 1851, a été abolie par la loi du 15 novembre 1867.

en matière criminelle ont disparu de notre législation depuis l'abolition du système des preuves légales. Nous avons cité (n° 817) l'instruction de 1791, reproduite par l'article 342 du Code d'instruction criminelle, qui applique spécialement aux indices le principe moderne, commun à toutes les juridictions, d'après lequel la conviction du juge est en général dégagée de toute entrave : « La loi ne dit point aux jurés : « Vous ne regarderez point comme suffisamment établie « toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, « de telles pièces, de tant de témoins ou *de tant d'indices ;* « elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme « toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime « conviction ? »

Dès lors, s'il n'y a plus lieu de reproduire les limitations de l'ancienne jurisprudence relativement au nombre et à la nature des indices, il ne faut pas non plus déclarer, avec certains jurisconsultes anglais (n° 809), que la preuve circonstancielle est préférable à toute autre, parce qu'elle n'est point susceptible de mensonge. M. Wills (chap. II, sect. 3) fait remarquer avec beaucoup de raison que les faits sur lesquels se base cette preuve, en les supposant concluants, ce qui n'est pas toujours vrai dans la pratique, reposent souvent eux-mêmes sur la foi du témoignage, et qu'il est impossible dès lors de poser en thèse la supériorité de la preuve par indices à la preuve par témoins.

824. Les règles tendant à déterminer *à priori* la valeur des indices, comme les autres applications du système des preuves légales, sont difficilement compatibles avec l'institution du jury. (Voy. n° 52.) Il est vrai que le jury anglais ou américain reçoit à cet égard des instructions du juge, mais l'appréciation des preuves circonstancielles est abandonnée, en définitive, à son intelligence. (M. Greenleaf, tom. I, p. 59.) On comprend davantage l'utilité de ces règles

là où la juridiction criminelle est exercée par une magistrature permanente, surtout là où la procédure est écrite et secrète. « L'accusé et son défenseur », dit M. Mittermaier (chap. LXI, not. dernière), « ne comparaissant point dans la « procédure finale, ne peuvent ni contredire les indices ni « prévoir quelles circonstances de détail relatées aux pièces « feront sur l'esprit du juge définitif une impression puis- « sante. Celui-ci d'ailleurs leur attribue une valeur qu'elles « n'ont réellement point dans la cause ; ou bien il se laisse « aller à compter machinalement les indices, au lieu d'exa- « miner le personnage de l'accusé, et de peser l'importance « réelle des circonstances. Ici encore, il faut donner la pré- « férence au système du débat oral et public où tout indice « à charge est relevé et articulé séparément par l'accusa- « teur ; où l'accusé, à son tour, est mis en possession de « tous les moyens de produire sa défense sur chaque point « de détail ; pendant que le juge, de son côté, considère « attentivement sa personne, son attitude, qui lui four- « nissent d'utiles données, et prononce, en fin de cause, « une sentence qu'on peut dire le produit de ses impres- « sions d'ensemble et de détail à la suite du débat tout « entier. »

825. Le Code de procédure pénale autrichien de 1853, reproduisant en grande partie les dispositions d'un décret spécial du 6 juillet 1833, pose (§ 279) les principes suivants :

« L'inculpé qui nie le fait peut être tenu [1] pour légale-

[1] Remarquons qu'il est dit que l'accusé *peut* être, et non pas qu'il doive être tenu pour légalement convaincu. La doctrine des preuves légales n'existe plus en effet aujourd'hui, dans les pays où elle est admise, qu'en faveur de l'accusé. C'est en ce sens qu'elle avait été soutenue devant l'Assemblée constituante, dans la séance du 4 janvier 1791 par Robespierre, qui proposait de poser en principe : 1° que l'accusé ne peut être déclaré convaincu, toutes les fois que les preuves déterminées par la loi n'existent pas ; 2° que l'accusé ne peut être condamné par les preuves

« ment convaincu par le concours des indices, mais seu-
« lement lorsque les trois conditions suivantes se trouvent
« conjointement réunies :

« I. Il faut que le fait ainsi que les circonstances qui le
« constituent délit, soient pleinement prouvés ;

« II. Il faut que les indices concourent contre l'inculpé
« dans le nombre déterminé par les § 138 à 140 ;

« III. De la combinaison des indices, des circonstances
« et des rapports établis par l'instruction, il doit résulter
« une connexité si directe et si claire entre la personne de
« l'inculpé et le délit, que, suivant le cours ordinaire et
« naturel des choses, on ne puisse pas supposer qu'aucune
« autre personne que l'inculpé l'ait commis. »

La première de ces conditions, la constatation préalable du délit, doit être raisonnablement exigée chez nous, toutes les fois qu'elle est possible, c'est-à-dire quand il s'agit des *delicta facti permanentis* (n° 109).

La troisième est de l'essence de la preuve par indices, qui suppose toujours une conviction bien arrêtée.

Quant à la seconde, dont le développement se trouve dans les dispositions du Code d'Autriche qui énumèrent beaucoup d'indices, et exigent en général (§ 283) que ces indices concourent au nombre de trois, il faut avouer qu'elle est purement arbitraire. Un seul indice peut être décisif; trois ou même quatre indices peuvent n'avoir aucune force. Le bon sens veut que, comme les témoignages, ils soient pesés, et non comptés. Du reste, la législation autrichienne est conséquente. Elle admet encore la maxime *Testis unus, testis nullus* (§ 269), et comme les présomptions n'ont pas tout à fait la même force que les témoignages directs, elle a cru

légales, si elles sont contraires à la connaissance et à la conviction intime des juges.

devoir exiger trois présomptions, pour tenir lieu de deux témoins. Ce n'est là, au surplus, que la reproduction de la doctrine des anciens interprètes, qui exigeaient que les présomptions fussent au nombre de trois, à moins qu'elles ne fussent extrêmement fortes, cas auquel deux pouvaient suffire. (Comparer Dumoulin, *Cout. de Paris*, tit. des fiefs, § 33, glos. II, n° 69, et le décret autrichien de 1833, § 6 et 7.) Il est fâcheux de voir ces vieilles idées remises en honneur au dix-neuvième siècle. (Voy. aussi Ord. crim. de Bade de 1845, art. 261.)

826. Le principe, vrai au criminel comme au civil, qui admet les présomptions partout où les témoins sont admissibles, nous a paru souffrir exception lorsqu'il s'agit d'administrer la preuve contraire à certains procès-verbaux. On ne peut alors, aux termes de l'article 154 du Code d'instruction, administrer que des preuves soit écrites, soit testimoniales. Dès lors, les indices ne seraient pas considérés dans cette matière comme des moyens sérieux. (N° 599.) Sans doute, il est des cas où les indices à décharge, opposés à un procès-verbal, peuvent être extrêmement graves. Ainsi, supposons qu'un garde champêtre constate un délit ou une contravention rurale, et que le coupable ait dû nécessairement laisser l'empreinte de ses pas sur la neige ; si la personne désignée dans le procès-verbal établit clairement que les traces que l'on a trouvées ne correspondent nullement à ses pieds ou à sa chaussure, ne serait-il pas souverainement injuste de maintenir la foi du procès-verbal tant qu'il ne soit attaqué par la voie coûteuse et compliquée de l'inscription de faux ? Il y a quelque chose d'arbitraire à exclure ainsi en masse les indices, au lieu de les analyser ; mais tel nous a paru être l'esprit de la législation spéciale.

§ 2. CLASSIFICATION DES INDICES.

SOMMAIRE. — 827. Classification des interprètes, suivie par diverses lois. — 828. Indices *manifestes, prochains, éloignés.* — 829. Indices *antécédents, concomitants, subséquents.* — 830. *Caroline* et Code autrichien de 1853.

827. Les anciens criminalistes, et les lois qui ont été rédigées d'après leurs théories, ont donné diverses classifications des indices.

828. On les a divisés d'abord (*Inst. au droit crim.* de Muyart de Vouglans, part. VI, chap. v) en manifestes ou urgents, prochains et éloignés.

Les premiers sont ceux qui ont un rapport nécessaire avec le fait allégué. Dans la théorie des preuves légales, ils ne pouvaient être combattus par la preuve contraire. On donnait ordinairement pour exemple d'indice manifeste le cas où deux témoins irréprochables déposaient avoir vu l'accusé, ayant à la main une épée nue et sanglante, sortir de la chambre où une personne avait été trouvée blessée d'un coup d'épée. Toutefois cet indice est très-prochain, véhément, si l'on veut, mais non pas manifeste ; car on pourrait établir qu'il y a eu suicide, ou que l'accusé avait, au contraire, défendu la victime contre le meurtrier qui avait disparu. Un meilleur exemple est celui que l'on tire du chapitre XII du titre *De presumptionibus* aux Décrétales, où le délit d'adultère est considéré comme clairement établi, si l'accusé a été trouvé *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*. Dans notre législation, qui n'admet pas d'autres preuves que le flagrant délit ou la correspondance [1], on n'a jamais

[1] Les cours ecclésiastiques d'Angleterre admettent, quant à la preuve de l'adultère, deux principes, dont l'un est très-rigoureux et l'autre très-large. D'une part, elles exigent, comme nous l'avons vu (n° 292), deux témoins, lors même que le fait est directement constaté. D'autre part, elles admettent comme suffisante la déclaration que les témoins sont convaincus de l'adultère *from their impression and belief*. (M. Greenlea f. tom. II, p. 41.)

hésité à considérer ces circonstances comme équivalant au flagrant délit[1]; car comment les expliquer? L'accusé aurait mauvaise grâce à soutenir que, nouveau Robert d'Arbrissel[2], il ne s'exposait à la tentation que pour avoir le mérite d'y résister; ou bien prétendrait-on, avec certains docteurs (Mascardus, *De probat.*, concl. 57, n° 5), que de pareils faits, prouvant plutôt la tentative que la consommation du délit, suffiraient pour faire prononcer la séparation de corps, mais non la peine de l'adultère?

Au surplus, en ce qui touche le flagrant délit exigé par la loi, il ne faut pas croire, comme on l'imagine souvent, que le flagrant délit lui-même doive ressortir d'un procès-verbal dressé par un officier public. Il suffit que le fait des rapports intimes soit attesté par des témoins dignes de foi. « Le flagrant délit », dit un arrêt de rejet du 12 avril 1866, « peut être prouvé non-seulement par les procès-verbaux « qui le constatent au moment même, mais encore par tous « témoignages de nature à établir aux yeux du juge que le « prévenu a été surpris *in ipsa turpitudine*, sans que le juge « ait à rendre compte de ses moyens de conviction; dans « l'espèce, la Cour impériale déclare que des témoins ont « vu, dans cinq circonstances différentes, le prévenu en

[1] Que si les indices sont véhéments, sans aller toutefois jusqu'à la preuve de la consommation de l'adultère, par exemple, s'il y a eu visite à une heure indue, désordre dans les vêtements, etc., ces faits suffisent pour établir un grave préjudice à l'honneur du mari et pour motiver une action en dommages et intérêts. (Agen, 11 mars 1850.)

[2] On nous a fait observer que la réalité de l'épreuve délicate à laquelle nous faisons allusion a été contestée par certains critiques ecclésiastiques. Il nous suffira de répondre que les lettres adressées à Robert d'Arbrissel par Geoffroi, prieur de Vendôme, et par Marbode, évêque de Rennes, sont des documents contemporains, dont l'authenticité est reconnue, contrairement aux assertions de Mainferme, par les auteurs de l'*Histoire littéraire de la France* (tom. X, p. 161) : d'où il est permis de conclure la probabilité, pour ne rien dire de plus, de l'opinion qui attribue à Robert l'invention de ce que Geoffroi appelle un nouveau genre de martyre : *novum et inauditum martyrii genus.*

« flagrant délit de complicité d'adultère ; cette déclaration, « quels que soient les faits sur lesquels elle est fondée, est « à l'abri de toute critique de la part de la Cour de cassa- « tion. » Tout ce que veut la loi, c'est que le fait du flagrant délit soit sérieusement constaté.

Les indices prochains sont ceux qui ont un trait direct au délit, sans le supposer nécessairement. On en donne pour exemples la saisie d'effets suspects, l'inimitié capitale de l'accusé, l'achat d'instruments propres à commettre le crime, etc.

Les indices éloignés sont ceux qui n'ont qu'un rapport indirect avec le délit, tels que les mauvais antécédents de l'accusé, ou sa fuite. On allait jusqu'à mettre au nombre de ces indices (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*) *la mauvaise physionomie de l'accusé, ou le vilain nom qu'il portait.* Mais c'étaient là, il faut en convenir, des indices très-éloignés.

Les indices devaient être manifestes pour que l'on pût prononcer la peine capitale ; ils devaient être prochains pour donner lieu à la torture. Aujourd'hui la distinction des diverses natures d'indices n'a plus le même intérêt. Mais le juge doit les analyser avec soin et les peser, s'il n'est plus tenu de les compter. Que si les indices sont manifestes, comme il n'est pas obligé de croire à un miracle dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, on ne peut l'accuser de légèreté, quand il se déclare immédiatement convaincu.

Muyart de Vouglans, voulant mettre les principes du droit criminel en harmonie avec ceux du droit civil, fait des indices manifestes une présomption absolue ; des indices prochains, une présomption admettant la preuve contraire ; des indices éloignés, une présomption simple. Mais ce rapprochement semble plus ingénieux que fondé. Les indices manifestes n'emportent point toujours cette certitude

absolue, qui équivaut à une présomption *juris et de jure*. Les indices prochains n'équivalent pas à une présomption de droit. Enfin, les indices éloignés sont nécessairement loin d'avoir l'autorité que présentent, au civil, des présomptions graves, précises et concordantes. On retrouve dans ce rapprochement l'esprit de rigueur inflexible des derniers défenseurs de notre vieux droit criminel, battu en brèche par les publicistes du dix-huitième siècle.

829. Une division assez commode dans la pratique, pour établir en quelque sorte la chronologie de l'accusation, classe les indices en *antécédents, concomitants et subséquents*. Les actes préparatoires, les menaces, etc., sont des indices antécédents. Les indices concomitants se puisent dans les circonstances qui accompagnent le délit, dans le fait, par exemple, qu'une arme appartenant à l'accusé aura été trouvée auprès de la victime. La fuite, les tentatives de subornation de témoins, etc., sont des indices subséquents. S'il est utile de rechercher séparément ces trois classes d'indices, c'est une grave erreur que de vouloir, comme l'avait fait le Code criminel de Bavière de 1813 [1] (art. 328, n° 1), que ces trois sortes d'indices se trouvent réunies. C'est là exiger une condition souvent impossible, et qu'on devait être obligé d'éluder dans la pratique bavaroise.

830. La fameuse ordonnance criminelle de Charles-Quint, connue sous le nom de *Caroline*, énumérant les principaux indices qui pouvaient donner lieu à l'application de la torture [2], les a classés en indices communs et en indices propres, suivant qu'ils peuvent se rapporter à toute espèce

[1] Ce Code, œuvre du célèbre Feuerbach, pèche par une tendance trop systématique; il a été modifié par une loi du 29 août 1848.

[2] Mais la *Caroline*, conformément à la doctrine des anciens criminalistes (n° 821), ne permettait point de fonder la condamnation définitive sur de simples indices. Suivant l'article 22 de cette ordonnance, il ne peut être prononcé une condamnation ni décrété de peine, *s'il n'y a contre l'accusé que des indices, des soupçons, des présomptions, quels qu'en*

de délit, ou bien qu'ils sont particuliers au vol, à l'empoisonnement, etc. (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*) Les chambres du conseil ou des mises en accusation qui doivent prononcer sur la gravité des indices, peuvent puiser d'utiles indications dans ces règles, dont le Code autrichien du 29 juillet 1853, qui énumère avec soin les indices généraux et spéciaux (§ 138-140), peut être considéré comme la dernière édition.

Ceux qui désirent de plus amples détails sur le classement des indices, consulteront avec fruit le livre V des *Preuves judiciaires* de Bentham, consacré aux preuves circonstancielles, où le sujet est traité surtout au point de vue du droit criminel.

§ 3. DISCUSSION DES INDICES.

SOMMAIRE. — 831. Précision désirable dans l'acte d'accusation. — 832. Détacher le fait principal des accessoires. — 833. Rattacher les indices entre eux. — 834. Modèles à consulter.

831. Il importe de procéder avec méthode et précision dans la discussion des indices ; autrement, lorsque l'affaire est un peu compliquée, on court risque de s'égarer.

L'acte d'accusation, qui est la base de la procédure au grand criminel, doit aboutir à des conclusions bien nettes, énumérant chacune des charges qui pèsent sur l'accusé, et les moyens à l'appui de ces charges. Il doit faire ressortir les inductions que l'on peut tirer du fait allégué, puis démontrer comment ce fait lui-même est établi, tandis que trop souvent on procède au hasard, en insistant sur des circonstances insignifiantes, autant que sur celles dont la justification serait décisive. Dans l'*indictment* anglais, la

soient le nombre et la nature. Ce fut pour éluder l'application de cet article que les jurisconsultes allemands au dix-septième siècle imaginèrent d'appliquer, en pareil cas, une peine extraordinaire. (Voy. n° 52.) Au surplus, l'esprit de la *Caroline* se retrouve dans l'ordonnance badoise de 1845, dont l'article 261 veut « que les faits n'aient point simplement les indices pour base de leur démonstration ; mais que des preuves immédiates seules, ou combinées avec d'autres indices, viennent, à leur égard, constituer la certitude juridique. »

partie poursuivante est obligée de préciser en termes techniques les faits incriminatifs qu'elle allègue. Mais on tombe dans l'excès lorsqu'on introduit un style solennel, dont l'*indictment* ne peut s'écarter à peine de nullité. Il y en eut un d'annulé le 10 août 1824, aux assises de Hereford, parce qu'on s'y était servi des mots *assises générales*, au lieu de ceux de *grandes assises* : ce qui rappelle trop le système des actions de la loi, où un plaideur succombait en agissant *de vitibus succisis*, parce qu'il avait nommé *les vignes*, au lieu d'*arbres* en général. (Gaius, *Comm.*, IV, § 11.) Il y a un moyen terme entre cette exagération et le vague qui a été quelquefois reproché avec quelque fondement aux actes d'accusation français. Il importe de bien articuler les faits, comme on le fait pour ceux dont on demande à faire la preuve dans une enquête civile. L'acte d'accusation devient ainsi le cadre dans lequel doit se mouvoir le débat. On a soin, à mesure qu'on interroge les témoins, de faire ressortir les conséquences de telle ou telle déposition, en mettant toujours en relief le rapport du fait attesté avec la culpabilité qu'il s'agit d'établir.

832. En second lieu, il convient de détacher le fait principal des faits accessoires, afin d'établir le premier séparément, sauf à fortifier ensuite la preuve qui en résulte, à l'aide de la démonstration des autres. En s'abstenant de suivre cette marche, on s'expose à commettre des pétitions de principe. Ainsi, dans une affaire de complot, on cherche souvent à établir le complot même à l'aide d'une foule de circonstances de détail, qui isolément seraient insignifiantes. Puis, lorsque l'accusé répond que ces circonstances n'ont pas la portée qu'on leur attribue, on prétend établir la criminalité des faits à l'aide du complot, qui pourtant n'a pas été préalablement démontré, et qui dès lors ne repose lui-même que sur la réunion de ces circonstances. Les Anglais

appellent *constructive offenses* les délits qui résultent ainsi d'une réunion d'éléments qui, pris isolément, seraient innocents. Un Anglais, accusé d'un délit de cette nature, disait qu'il ne concevait pas comment *avec dix mille morceaux d'un cheval blanc on pouvait faire un cheval noir*. Quand on veut établir un de ces délits complexes, il faut justifier spécialement de l'existence du fait principal, autour duquel les faits accessoires viennent se grouper; autrement, les indices légers, quelque multipliés qu'on les suppose, ne sauraient faire corps, et le mot de l'Anglais deviendrait applicable.

833. Enfin, une troisième observation, qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est qu'aucun anneau ne doit pouvoir se détacher de la chaîne qui, dans l'induction, rattache les circonstances connues au fait générateur de la culpabilité. Ainsi, la vente que l'accusé aurait faite de ses habits, loin du lieu où le crime aurait été commis, ne saurait être une circonstance inculpative qu'autant qu'elle aurait eu lieu peu de temps après la perpétration du délit; faite longtemps après, elle s'expliquerait beaucoup mieux par d'autres motifs que par la crainte d'être découvert. Il faut donc toujours pouvoir établir qu'il existe une relation non équivoque entre le fait que l'on prouve et la culpabilité qu'il s'agit de démontrer; car, si un seul anneau vient à échapper, la chaîne se brise.

834. Du reste, l'avocat qui veut s'exercer à la discussion des indices ne doit pas se contenter d'étudier les règles théoriques de la matière, dans les livres de droit et dans les ouvrages de rhétorique; il doit consulter surtout les chefs-d'œuvre du barreau ancien et moderne. Le plaidoyer de Cicéron *pro Milone* a toujours passé pour un modèle en ce genre [1].

[1] Voy. sur la discussion des indices une excellente note du premier duc de Broglie, insérée à la fin du Ier volume des *Preuves judiciaires* de Bentham, édition de Dumont.

LIVRE DEUXIÈME

PRÉSOMPTIONS LÉGALES.

SOMMAIRE. — 835. Elles tendent à se multiplier. — 836. Nécessité de nous restreindre en matière civile.

835. Il n'est pas toujours possible à l'homme d'arriver à la connaissance parfaite de la vérité dans chaque cas particulier, et cependant les nécessités sociales ne lui permettent pas toujours de suspendre son jugement et de s'abstenir. La stabilité de l'état des personnes, celle des propriétés, enfin le besoin de calme et de sécurité pour une foule d'intérêts précieux, obligent le législateur à tenir pour vrais un grand nombre de points qui ne sont pas démontrés, mais dont l'existence est établie par une induction plus ou moins puissante. L'ordre politique, comme l'ordre social, ne repose que sur des présomptions légales. L'aptitude à exercer certains droits, à remplir certaines fonctions, ne se reconnaît qu'au moyen de certaines conditions déterminées *à priori*, une vérification spéciale pour chaque individu étant évidemment impraticable. Plus les relations sociales se compliquent, plus il devient nécessaire de multiplier ces présomptions. Aussi y en a-t-il beaucoup plus dans notre droit qu'il n'y en avait à Rome.

836. Entrer ici dans le détail des diverses présomptions, serait s'imposer la nécessité de traiter *ex professo* presque toutes les matières juridiques; car il en est peu où la loi ne s'attache à certaines vérités, dont elle consacre l'existence

en la faisant découler de certaines circonstances déterminées. Il faudrait nous occuper de l'état des personnes, des incapacités, de la prescription, etc. Ces développements, utiles en apparence pour compléter notre cadre, s'écartent au fond du but de cet ouvrage. Car les motifs qui ont déterminé le législateur à établir telle ou telle présomption, tiennent le plus souvent au droit bien plus qu'au fait. Ce qu'il examine surtout, ce n'est pas si le fait connu réunit tous les caractères suffisants pour rendre probable le fait inconnu, mais seulement si l'intérêt social exige que l'on conclue de la constatation de l'un à l'existence de l'autre. Comme le fait fort bien observer M. Greenleaf (tom. I, p. 41), les principes sur les présomptions légales ne se rattachent plus à la foi du témoignage, ce sont des règles de protection (*rule of protection*), établies pour le bien général. On comprend dès lors que les diverses présomptions, pour être bien comprises dans leurs spécialités, doivent se rattacher à l'examen spécial de chaque matière. Nous ne devons poser ici que les principes généraux.

Seulement, après avoir parlé des présomptions spéciales aux matières civiles et aux matières criminelles, nous traiterons avec quelques détails d'une présomption commune à toutes les juridictions, qui est la base de tout l'édifice judiciaire, de l'autorité de la chose jugée.

PREMIÈRE SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CIVILE.

SOMMAIRE. — 837. Nécessité d'une loi spéciale. — 838. Présomptions mentionnées par le Code. — 839. Deux degrés de présomption légale. — 840. Que doit prouver celui qui invoque une présomption de cette nature? — 841. Quand la preuve contraire est-elle admissible? — 842. A quoi reconnaître une présomption *juris* et *de jure*? — 843. Trois points signalés par le législateur. — 844. Cas où la loi annule certains actes, ou dénie l'action en justice. — 845. Réserve de la preuve contraire. — 846. *Quid* du renvoi au serment et à l'aveu?

837. « La présomption légale », dit l'article 1350 du Code civil, « est celle qui est attachée par une loi spéciale « à certains actes ou à certains faits. »

Autrefois, même en pays coutumiers, les présomptions pouvaient être puisées dans certains textes du droit romain, aussi bien que dans les sources modernes; elles pouvaient même, suivant Pothier (*Oblig.*, n° 843), être établies *par argument* de quelque texte de droit. Un pareil système offrait trop d'inconvénients pour qu'il fût possible, dans une législation qui tend à prévenir toute incertitude, tout arbitraire, de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le pouvoir d'établir des présomptions légales.

On pourrait croire cependant, par application du principe de la non-rétroactivité des lois sur la preuve (n°s 920 et 923), que l'ancienne présomption de propriété, existant au profit des seigneurs pour les biens fonds compris dans leurs seigneuries, en vertu de la maxime féodale : *Nulle terre sans seigneur*, peut encore être invoquée, du moins pour l'époque antérieure au décret du 4 août 1789, abolitif de la féodalité. Mais cette maxime elle-même, tout empreinte de l'esprit féodal, a été déclarée dénuée de tout effet par la loi du 25 août 1792, qui a aboli formellement « tous les « effets qui peuvent avoir été produits par la maxime : « *Nulle terre sans seigneur.* » Aussi la Cour de cassation a-t-elle

refusé, le 7 mai 1866, de faire l'application de l'article 1er de la coutume de Chaumont, qui n'était que la reproduction de cette maxime.

Néanmoins, il ne faut pas imaginer qu'aucune présomption légale ne puisse être établie sans une *loi spéciale*. Cela est vrai pour les présomptions absolues, celles qui, comme nous allons le voir, n'admettent point la preuve contraire. Mais les présomptions légales du premier degré, qui admettent cette preuve, peuvent fort bien ressortir de l'ensemble des dispositions de la loi. Ainsi, il est bien constant que le possesseur d'un immeuble en est réputé propriétaire, bien que cela ne résulte expressément d'aucun article de nos Codes[1].

838. L'article 1350 donne pour exemple des actes ou faits auxquels est attachée une présomption légale :

« 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés « faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule « qualité. » La présomption de nullité se rattache, soit à la personne de celui qui a fait l'acte, comme lorsqu'il s'agit des actes translatifs de propriété à titre gratuit, faits par le failli dans les dix jours qui précèdent la cessation de payements (C. de comm., art. 446); soit à la personne de celui en faveur de qui l'acte a été fait, comme lorsqu'il s'agit d'une donation faite aux plus proches parents ou au conjoint d'un incapable (C. civ., art. 911 et 1100); soit enfin à la nature de l'acte jointe à la qualité de la personne, comme lorsqu'il s'agit de la vente à fonds perdu faite à un successible en ligne directe. (*Ibid.*, art. 918.)

« 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou « la libération résulter de certaines circonstances détermi-

[1] Si l'article 2279 du Code civil a dû consacrer formellement cette présomption appliquée aux meubles, c'est que précisément alors elle n'admet point la preuve contraire.

« nées. » La prescription à fin d'acquérir ou de se libérer, les signes de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté, etc., rentrent dans cette catégorie.

« 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. » Nous en parlerons spécialement dans notre troisième section.

« 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à « son serment. » Nous avons rangé parmi les preuves proprement dites l'aveu et le serment, qui sont en effet des déclarations de l'homme, et non de simples indices puisés dans l'étude des faits.

839. On conçoit deux degrés dans la présomption légale. La loi peut imposer au juge certaines preuves circonstancielles, en l'obligeant à tenir pour vrais les faits qu'elles tendent à établir, mais en laissant aux parties intéressées la faculté de démontrer que cette induction n'est pas fondée. Elle peut aller plus loin, repousser dès l'abord toute preuve contraire, et faire nécessairement résulter de telles circonstances l'existence légale de tel ou tel fait. Cette distinction est de tous les temps et de tous les pays; elle se retrouve partout où des présomptions de cette nature ont été introduites. C'est ainsi qu'on a toujours considéré comme absolument inattaquable la présomption qui résulte de la chose jugée, quand toutes les voies de recours ont été épuisées. Mais les dénominations dont on s'est servi pour désigner ces deux degrés de présomption n'ont été imaginées que par les docteurs du moyen âge. Ce sont eux qui ont appelé les présomptions du premier degré *juris tantum*, et celles du second degré *juris et de jure*. Menochius explique ces dénominations, en disant que la présomption est *juris* dans les deux cas, puisqu'elle est toujours introduite par la loi, mais qu'elle est *de jure* dans le second seulement, « quia super « tali præsumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro « veritate. » Ces expressions barbares peuvent être consi-

dérées comme une langue de convention. Nous aimons mieux la langue des jurisconsultes anglais, qui distinguent les présomptions péremptoires (*conclusive*) et les présomptions discutables (*disputable*). Mais, au fond, on a toujours reconnu que certaines présomptions ne doivent pas admettre la preuve contraire. C'est donc bien mal à propos que Toullier (tom. X, n° 42) prête à d'Aguesseau cette singulière opinion, que toutes les présomptions admettent la preuve contraire, parce que ce jurisconsulte, dans son vingt-troisième plaidoyer, déclare, en général, que l'autorité des présomptions n'est pas absolue. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une question de légitimité, et c'est évidemment en se plaçant à ce point de vue spécial que d'Aguesseau limitait l'autorité des présomptions légales.

840. Que doit prouver celui qui invoque une présomption légale? Il ne faut pas prendre à la lettre la disposition de l'article 1352 du Code civil, suivant lequel la présomption légale *dispense de toute preuve* celui au profit duquel elle existe. Il n'est point exact de dire que celui qui invoque une présomption légale n'a absolument rien à prouver. Il faut qu'il établisse qu'il se trouve en position d'invoquer la présomption de la loi; par exemple, celui qui invoque l'article 312, aux termes duquel l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, doit prouver deux points, savoir le mariage, et, d'après les calculs de la loi sur la gestation (art. 314, 316), une date de la naissance qui ne place pas la conception de l'enfant avant la formation du mariage ou après sa dissolution. Cette preuve faite, la légitimité de l'enfant est établie par la disposition de l'article 312. En un mot, il n'y a point à justifier l'exactitude de la présomption légale, mais à constater préalablement les faits auxquels elle s'attache.

En sens inverse, lorsqu'on se demande s'il est permis de

prouver contre une présomption légale, on a en vue la preuve contraire à la proposition énoncée dans la loi, dans l'espèce, à la légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage; mais nullement la preuve contraire aux faits sur lesquels repose la présomption, le mariage et la date de la naissance. Cette dernière preuve est toujours admissible, car ce n'est pas le moins du monde prouver contre une présomption légale que de prouver qu'on n'est point dans le cas prévu par cette présomption. C'est donc bien mal à propos qu'Alciat voit là une preuve *indirecte* contre la présomption de la loi : *Et si directa probatio regulariter non admittatur contra præsumptionem juris et de jure, admittetur tamen indirecta, quia, cum lex requirit certas qualitates et circumstantias ad hanc probationem constituendam, semper admittuntur probationes quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.* C'est là une véritable confusion d'idées. Il n'y a aucune attaque, directe ni indirecte, contre la présomption de légitimité, dans la preuve qu'il n'y a jamais eu de mariage; contre l'autorité de la chose jugée, dans la preuve qu'il n'y a jamais eu de jugement. Une pareille doctrine mérite d'être reléguée parmi les *visions* d'Alciat.

341. Quand la preuve contraire à la présomption légale est-elle admissible, c'est-à-dire quand peut-on prouver qu'en se plaçant même dans l'hypothèse prévue par le législateur, il n'y a point lieu d'appliquer sa décision?

La présomption légale admet, en général, la preuve contraire; elle est, suivant le langage barbare des interprètes, *juris tantum*, dans les cas ordinaires. Elle n'est alors qu'une interprétation de volonté ou une explication des faits, qui tombe lorsque la vérité vient à être démontrée. Ainsi, bien qu'on dise que la vente à l'essai est *toujours présumée* faite sous une condition suspensive (*ibid.*, art. 1588), il n'en

sera pas moins permis d'établir que les contractants ont entendu traiter sous une condition résolutoire. Le plus souvent, lorsque la présomption n'est que du premier degré, le seul but que la loi se propose, c'est de faire considérer certains faits comme le signe apparent du droit, par exemple la possession d'un immeuble comme indiquant la propriété de cet immeuble, la preuve contraire demeurant toujours admissible. Quelquefois néanmoins, la présomption, sans qu'il fût raisonnable de la considérer comme une vérité absolue, a paru trop grave pour pouvoir être ébranlée par toute espèce de preuve. Ainsi, en matière de légitimité, la preuve contraire à la règle que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, n'est admise que dans le cas d'impossibilité physique, ou bien dans celui où l'on peut prouver à la fois l'adultère et le recel de la naissance (*ibid.*, art. 312 et 313) : cas auxquels il faut ajouter aujourd'hui, aux termes de la loi du 6 décembre 1850, celui où la conception serait présumée avoir eu lieu pendant le temps où la femme séparée de corps a un domicile distinct de celui du mari. Mais habituellement on peut administrer, pour détruire la présomption légale, la preuve contraire avec la plus grande latitude, et employer même la preuve testimoniale et les présomptions, lorsque la nature de l'affaire ne s'y oppose point. On lit, il est vrai, dans un des considérants de l'arrêt de cassation du 5 janvier 1810, que nous avons cité (pag. 175, not. 1), que « si une présomption de « droit peut être détruite par la preuve positive d'un fait « contraire à celui qu'elle suppose, elle ne peut du moins « pas l'être par des présomptions non autorisées par la loi, « et purement arbitraires. » Mais il s'agissait, nous l'avons vu (n° 599), dans l'espèce, de certains procès-verbaux contre lesquels la preuve contraire doit être nécessairement écrite ou testimoniale. Il convient donc d'interpréter l'ar-

rêt de 1810 *secundum subjectam materiam*. Quelquefois aussi la loi exclut même la preuve testimoniale. Ainsi, la présomption de mitoyenneté ne peut être détruite que par un titre ou par une marque. (C. civ., art. 653.) Mais là où la loi n'a point fait de semblables restrictions, la preuve contraire peut consister dans des présomptions, aussi bien que dans des preuves proprement dites.

842. La présomption du second degré est généralement invincible. Mais à quel caractère reconnaître une présomption de cette nature, dans le silence du législateur? Ce point était très-obscur dans l'ancienne doctrine. Les rédacteurs du Code ont essayé de déterminer les cas où la preuve contraire est effectivement inadmissible.

« Nulle preuve », dit le même article 1352, « n'est ad-
« mise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fon-
« dement de cette présomption, elle annule certains actes
« ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé
« la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment
« et l'aveu judiciaires. »

Cette disposition, destinée à faire cesser d'anciennes controverses, est elle-même loin d'être claire, et donne lieu à des difficultés qui partagent les meilleurs esprits.

843. Le législateur signale trois points : 1° la détermination des cas où la preuve contraire n'est pas admise; 2° la réserve de certaines exceptions formelles à la règle posée; 3° une dernière réserve, en ce qui touche le serment et l'aveu judiciaires.

844. Il y a présomption légale absolue, nous dit-on, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Les actes ainsi annulés, qu'a en vue le législateur, ne sont pas ceux qui sont entachés d'une nullité radicale, comme manquant d'une condition essentielle au fond pour leur validité; il est

clair que la nullité ne résulte pas alors d'une présomption, mais de la force même des choses. Ce ne sont pas non plus ceux qui sont nuls dans la forme; les nullités de forme résultent de textes impératifs, contre lesquels, dès que les faits sont bien constatés, on ne saurait s'élever sans faire le procès à la loi elle-même. Les actes dont la loi veut parler sont ceux qu'elle déclare nuls (art. 1350, 1°), comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. On aurait pu soutenir que la preuve contraire ne devait pas être repoussée, la justification de la bonne foi étant toujours favorable. Mais le législateur, visant plus à couper court aux procès qu'à rendre une stricte justice, a trouvé plus simple de repousser cette preuve, sauf la restriction dont nous allons bientôt parler. Il en est de même des cas où la loi dénie l'action en justice, ce qui s'applique notamment à la prescription. On a pensé que les controverses devaient avoir un terme. Toutes les fois donc qu'une action est refusée, il y a un intérêt public en jeu, et je ne serais pas reçu à prétendre, par exemple, que je n'avais pas l'intention de renoncer à un droit sur lequel j'ai gardé le silence pendant trente ans. Ces deux natures de présomptions ont pour but de faire respecter les préceptes du droit civil; ce sont plus que de simples interprétations de faits ou de volontés.

845. Dans les cas mêmes où nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, l'article 1352 ajoute : *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.* On trouve des exemples de cette réserve dans les cas où l'action en justice est déniée. C'est ainsi que la remise de la grosse par le créancier, à la différence de celle du titre original, ne fait foi de la libération que jusqu'à preuve contraire. (*Ibid.*, art. 1283.) Mais on n'a pas trouvé de cas où la loi, en annulant certains actes comme présumés frauduleux, déclare la

preuve contraire admissible. La restriction de l'article doit être considérée sous ce rapport comme une réserve pour l'avenir, et non comme un renvoi à des textes positifs.

846. Enfin l'article se termine par une réserve plus obscure encore que tout ce qui précède : *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.* On peut donner deux sens à ces expressions. Ou bien, par suite de l'erreur que nous avons signalée, le législateur considère le serment et l'aveu comme des présomptions, dont on doit traiter plus tard, ou bien il les regarde comme des moyens de combattre les véritables présomptions légales, par exception au principe que nulle preuve n'est admise contre elles.

Dans le sens de la première opinion on fait remarquer que l'article 1350 a déjà rangé mal à propos, mais d'une manière bien positive, l'aveu et le serment parmi les présomptions légales. Or, l'aveu du moins, sinon le serment, est susceptible d'être débattu, et n'est pas dès lors une présomption invincible. Le renvoi aurait pour but de faire remarquer, ainsi que le faisait Pothier (*Oblig.*, n° 842), ce caractère spécial de l'aveu. On ajoute que, si la loi avait voulu admettre certaines natures de preuves contre les présomptions légales qui n'admettent pas la preuve contraire, elle s'en serait expliquée plus clairement. Mais cette interprétation nous paraît à la fois inexacte en elle-même, et peu en harmonie avec le texte qu'il s'agit d'expliquer. On ne voit pas trop quelle serait la raison de douter à laquelle la loi voudrait répondre. Dût-on considérer l'aveu comme une présomption légale, rien n'autoriserait à y voir une présomption légale absolue. De tout temps on a considéré l'aveu comme pouvant être modifié, expliqué, rétracté par la partie qui l'a fait. Où serait donc la nécessité d'une exception pour l'aveu, puisqu'il n'était pas compris dans la règle ? Mais ce qui s'explique encore moins dans cette opinion, c'est que la

loi mentionne en première ligne le serment décisoire [1], qui précisément n'admet jamais la preuve contraire. (Art. 1363.) Inutile pour l'aveu, le renvoi serait un contre-sens en ce qui touche le serment, et il faudrait finir par déclarer, avec certains auteurs, que ces expressions : *sauf ce qui sera dit*, etc., se sont glissées sous la plume du législateur, sans qu'il eût le moins du monde la conscience de ce qu'il écrivait.

Mais nous n'en sommes pas réduits à cette ressource désespérée, véritable abdication de la part de l'interprète. Rappelons-nous qu'on vient de parler de la preuve contraire, qui n'est admise contre les présomptions légales absolues qu'au cas d'une réserve expresse insérée dans la loi ; il est assez naturel de voir dans les mots qui suivent, et qui indiquent grammaticalement une restriction, quelque chose qui modifie la proposition précédente. On considérerait dès lors le serment et l'aveu comme constituant un genre de preuve contraire exceptionnel, qui pourrait être admissible, quand les autres ne le seraient pas : doctrine qui n'est point nouvelle, puisque nous lisons dans Mascardus (*De probat.* concl. 344) : *Confessio tollit præsumptionem juris et de jure, licet alia probatio non admittatur.* N'est-il pas de principe, en effet, que le serment judiciaire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (*ibid.*, art. 1358), que l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (*ibid.*, art. 1356)? Ces deux modes de preuves n'entraînent aucune procédure compliquée, et ils n'offrent aucun danger pour le défendeur, puisqu'ils remettent son sort entre ses mains. Enfin, par le même motif, ils sont parfaitement concluants.

[1] Il ne peut être question du serment supplétoire, auquel ne s'attache pas la même présomption de vérité, puisque ce n'est qu'un moyen de vérification supplémentaire employé par le juge, avec faculté pour lui e ne pas y subordonner sa décision. (Nos 443 et 444.)

Il est donc possible qu'on ait voulu les mettre à part.

On ne prétend pas toutefois, dans le système que nous admettons, que toute présomption légale, quelle qu'en soit la nature, puisse être combattue par l'aveu et par le serment. Ce qu'il faut rechercher, c'est si la loi, en repoussant la preuve contraire, a voulu que la question ne fût pas même agitée, parce que l'ordre public l'exigeait ainsi, ce qui a lieu incontestablement pour l'autorité de la chose jugée ; ou bien si elle a voulu seulement empêcher que le résultat du procès ne pût contrarier l'application de ses règles, ce qui a lieu pour les présomptions d'interposition. Quel but a-t-on voulu atteindre dans ce dernier cas? Qu'on ne puisse éluder la défense d'avantager un incapable, soit ; mais on ne voit aucun motif plausible pour empêcher que la personne prétendue interposée ne puisse établir qu'elle ne l'est pas réellement. Si le législateur interdit en général cette preuve, craignant qu'elle ne soit elle-même l'œuvre de la fraude, une pareille crainte cesse d'être fondée quand la personne prétendue interposée interpelle l'héritier même, qui demande la nullité de l'avantage, et s'en rapporte à sa déclaration. N'est-il pas évident que, lorsque l'héritier refuse de jurer qu'il estime l'interposition véritable, cette déclaration implicite, si désintéressée de sa part, est l'expression de la vérité ? Le législateur n'a ici aucun intérêt à empêcher la controverse, puisqu'il ne peut jamais en résulter aucune atteinte aux prohibitions qu'il a établies. Le serment déféré dans les prescriptions courtes [1], là où la loi

[1] Toutefois, en matière de prescriptions courtes, les arrêts de cassation du 27 juillet 1853 et du 7 novembre 1860 déclarent qu'il faut s'en tenir à la lettre de l'article 2275 du Code, lequel, dérogeant à l'ordonnance de 1673 (tit. Ier, art. 10), n'autorise que la délation du serment, à l'exclusion de la comparution personnelle et de l'interrogatoire sur faits et articles. A plus forte raison, la Cour régulatrice a-t-elle dû casser (9 mars 1868) des jugements du tribunal de Montpellier, qui admettaient la preuve témoins ou par présomptions de la reconnaissance de la dette.

dénie l'action en justice, ne repose pas sur une autre base. (C. civ., art. 2275; C. de comm., art. 188.) On n'a pas voulu rendre la preuve impossible, comme en ce qui touche les prescriptions ordinaires, on a seulement présumé le payement; mais il est toujours permis d'interpeller l'adversaire sur la réalité de ce payement. C'est ainsi encore que Justinien (Instit., § 12, *De fideic. hæred.*) dit que les fidéicommis nuls en la forme n'entraîneront pas le rejet absolu de la prétention de la partie qui les invoque, mais qu'ils pourront donner lieu à déférer le serment à l'héritier [1]. La réserve de l'aveu et du serment pour combattre la présomption légale nous paraît encore mieux justifiée quant à la remise de la dette. Quel danger y a-t-il à ce que le créancier puisse déférer le serment au débiteur sur le point de savoir si, en lui remettant le titre original de la créance, il a entendu le libérer; de même que la Cour de cassation admet (n° 773), en matière de commerce, que cette présomption peut être détruite par le témoignage des livres? (Rej., 18 août 1852.)

Cette doctrine n'est pas sans doute à l'abri de tout reproche. La distinction des présomptions qui entraînent l'interdiction radicale de la preuve contraire, et de celles contre lesquelles le serment et l'aveu sont admissibles, peut paraître assez délicate [2]; mais notre interprétation est,

[1] Suivant MM. Aubry et Rau, on pourrait déférer le serment sur le fait de l'interposition, mais au donateur seulement, et non aux héritiers du donateur ou du testateur, parce que, dans ce dernier cas, l'ordre public serait directement intéressé. Nous ne comprenons pas cette distinction. Si l'ordre public exige le maintien absolu de la présomption légale, qu'importe que ce soit à l'auteur de la disposition ou aux héritiers qu'on veuille déférer le serment? Si, au contraire, comme nous le pensons, l'ordre public n'exige point nécessairement ce maintien, lorsque les intéressés eux-mêmes reconnaissent que la présomption n'est point applicable, la distinction n'est point fondée dans l'esprit de la loi; ajoutons que le texte ne s'y prête guère.

[2] Dans son ingénieuse dissertation sur la mauvaise foi de l'acquéreur en matière de transcriptions (*Revue pratique*, tom. XXX, p. 37), notre

après tout, raisonnable en elle-même, et surtout nous ne voyons pas d'autre moyen de donner un sens à la disposition finale de l'article 1352 [1].

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

SOMMAIRE. — 847. Épreuves remplaçant les preuves directes. — 848. Dans l'antiquité. — 849. *Ordalies* germaniques. — 850. Leur abolition. — 851. Combat judiciaire. — 852. Suppression de ce combat. — 853. Aujourd'hui, présomptions légales plus rares au criminel.

847. La croyance à l'intervention journalière et immédiate de la Divinité dans les événements humains, se combinant avec la difficulté d'obtenir des preuves directes de la culpabilité, à une époque où l'administration et la police judiciaires étaient à peu près nulles, a amené dans les siècles barbares l'introduction de certaines épreuves, plus ou moins arbitraires, d'où l'on faisait dépendre l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

848. On retrouve l'appel au jugement de Dieu avec une très-grande extension chez les peuples orientaux. De là cette superstition avait passé dans la Grèce. « Nous étions « tout prêts à saisir de nos mains des fers rouges », dit,

collègue et ami M. Boissonade, pour soutenir, contrairement à l'argument tiré de l'article 1071 du Code civil, que le défaut de transcription peut être suppléé par la connaissance qu'auraient eue de l'acte les tiers acquéreurs, considère ce défaut de transcription comme une présomption légale d'ignorance de l'acte, présomption susceptible d'être combattue, suivant notre doctrine, au moyen, sinon de la preuve testimoniale, au moins de l'aveu et du serment. Mais il nous semble que, lorsque la loi établit des registres publics pour établir la transmission des droits réels, la foi de ces registres est plus qu'une présomption légale; c'est une preuve péremptoire, instituée pour couper court à toute controverse. Ainsi entendu, l'article 1071 pose un principe absolu, bien conforme d'ailleurs à l'esprit de notre législation, qui tend à prévenir les contestations au moyen de la preuve écrite.

[1] Cette disposition finale a été supprimée dans l'article 1353 du Code italien.

dans l'*Antigone* de Sophocle, le garde du tombeau de Polynice (vers 264), « à passer par le feu, et à prendre les « dieux à témoin que nous n'avions pas fait cette chose, que « nous n'étions pas de complicité avec celui qui l'a méditée « ou qui l'a faite. » La sévère raison des Romains paraît les avoir mis à l'abri de ces superstitions. On trouve bien à Rome des légendes, telles que celle de la vestale qui prouva sa chasteté en attirant par sa ceinture le vaisseau qui apportait d'Asie la statue de la *Bonne Déesse*. Mais il n'existe à notre connaissance aucun fait officiellement constaté, qui prouve que les Romains aient jamais fait usage de preuves de cette nature dans la pratique judiciaire. Toutefois, au Bas-Empire, du moins du temps de Michel Comnène, la superstition avait repris son empire, et l'épreuve du fer rouge était en pleine vigueur.

849. Les *ordalies* (du mot allemand *urtheil*, jugement) se sont singulièrement multipliées au moyen âge, sous l'influence des idées germaniques. On connaît les épreuves de l'eau, du feu, du fer rouge, etc., par lesquelles on était admis à se justifier des crimes les plus énormes. Dans la plupart de ces ordalies, le succès paraît impossible, et cependant l'histoire atteste que beaucoup d'accusés s'en sont tirés à leur honneur. Il faut donc, ou bien croire à de perpétuels miracles, ou bien admettre que quelques pieuses supercheries permettaient de se soustraire à un danger plus grave en apparence qu'en réalité [1]. Quoi qu'il en soit, l'épreuve qui paraît s'être maintenue le plus tard, c'est celle du cercueil, dont on trouve encore des exemples au seizième

[1] Il paraît résulter de récentes découvertes que certaines lotions d'eau, d'alcool ou d'éther, permettent de mettre la peau humaine en contact avec les métaux en fusion. (Voy. les séances de l'Académie des sciences du 7 mai et du 29 octobre 1849.) Or, on sait qu'au moyen âge, Albert le Grand et un médecin de Salerne, nommé Trotula, ont donné des recettes pour supporter sans danger l'épreuve du feu.

siècle. Lorsqu'on n'avait pu découvrir l'auteur d'un assassinat, on obligeait tous ceux qui étaient soupçonnés d'y avoir participé, à venir toucher le corps de la victime, exposé sur un cercueil. Si le cadavre était mis en contact avec le meurtrier, il devait laisser échapper quelques gouttes de sang. Cette épreuve, de nature à agir vivement sur les imaginations, était loin d'être sans danger pour l'innocence. La cruentation, qui paraît en effet s'être quelquefois opérée, peut s'expliquer, lorsque la mort est encore récente, par des causes naturelles, notamment par l'action du grand air. Dans les derniers temps, quand des doutes commencèrent à s'élever sur l'origine du phénomène, on donna à l'épreuve un digne complément, la question préparatoire !

850. Lorsque les usages des conquérants de l'Europe moderne se furent un peu transformés par l'influence du christianisme et d'une vie plus sédentaire, la pratique des ordalies fut régularisée. On posa en principe qu'elles ne seraient admises qu'à défaut, soit de preuves ordinaires, soit de *conjuratores*. (Voy. n° 449). L'Église les astreignit à des formes solennelles, et voulut y procéder elle-même, certains membres du clergé partageant la superstition populaire, d'autres considérant la direction des ordalies comme un puissant moyen d'influence. C'est dans cet esprit que Charlemagne prescrit de ne point révoquer en doute les jugements de Dieu, *ut omnes judicio Dei credant absque dubitatione*. (Capit. I, ann. 809, cap. XX). A mesure que l'Église acquit plus d'autorité et que les procédures devinrent plus régulières, les épreuves furent attaquées par l'autorité ecclésiastique, jusqu'à ce qu'en 1215, grâce aux efforts d'Innocent III, le quatrième concile de Latran défendit aux clercs de prêter leur ministère à des actes de cette nature. En France, les derniers monuments de l'emploi judiciaire des ordalies sont des arrêts du parlement de Paris du

1er décembre 1601 et du 10 août 1641, annulant des sentences qui avaient ordonné de soumettre à l'épreuve de l'eau froide des personnes accusées de sorcellerie [1].

851. De toutes les institutions judiciaires du moyen âge, celle qui a laissé le plus de traces dans les mœurs de l'Europe moderne, puisqu'elle présente une extrême analogie avec le duel, c'est le combat judiciaire [2]. Par une singulière combinaison de l'esprit guerrier et de l'esprit légiste, cette épreuve avait été revêtue des formes les plus régulières, le combat s'appliquait systématiquement à toutes les phases de la procédure. On se battait avec l'accusé, on se battait avec les juges, quand on se plaignait de *défaute de droit;* puis, si on avait vaincu le juge sur le rescindant, il fallait se battre de nouveau avec l'adversaire sur le rescisoire. On combattait même avec les témoins. Toutefois ceux-ci pouvaient éviter d'engager leurs personnes, en faisant la déclaration suivante (Beaumanoir, chap. VI, § 16) : « Je ne me bée pas à combatre por vostre querele, ne à entrer en plet au mien, et se voz m'en volés deffendre, volontiers dirai me vérité. »

Le combat judiciaire fut un progrès dans l'origine; il donna des règles fixes aux guerres privées, qui étaient le seul mode d'administration de la justice pénale dans les forêts de la Germanie. Nous avons vu (n° 432) les Lombards le réclamer à grands cris, pour remplacer le serment, qui était en quelque sorte l'épreuve des lâches.

[1] En 1815 et en 1816, deux individus soupçonnés d'être sorciers furent soumis, dans la Flandre belge, par la populace à l'épreuve de l'eau et du feu. Un fait semblable a eu lieu dans la Prusse orientale en 1835.

[2] M. Cauchy, dans son livre *Du duel,* où il a fait des recherches aussi consciencieuses qu'approfondies sur l'origine de ce déplorable usage, s'attache à établir que le duel ne se rattache pas historiquement au combat judiciaire, qui était ouvert à tous, nobles ou vilains, mais aux guerres privées, qui étaient réservées à la noblesse.

Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. XVII) justifie cette institution d'une manière fort ingénieuse : « La preuve « par le combat singulier avait quelque raison fondée sur « l'expérience. Dans une nation uniquement guerrière, la « poltronnerie suppose d'autres vices ; elle prouve qu'on a « résisté à l'éducation qu'on a reçue, et que l'on n'a pas été « sensible à l'honneur, ni conduit par les principes qui ont « gouverné les autres hommes ; elle fait voir qu'on ne craint « point leur mépris, et qu'on ne fait point de cas de leur « estime : pour peu qu'on soit bien né, on n'y manquera « pas ordinairement de l'adresse qui doit s'allier avec la « force, ni de la force qui doit concourir avec le courage ; « parce que, faisant cas de leur honneur, on se sera, toute « sa vie, exercé à des choses sans lesquelles on ne peut « l'obtenir. De plus, dans une nation guerrière, où la force, « le courage et la prouesse sont en honneur, les crimes « véritablement odieux sont ceux qui naissent de la four- « berie, de la finesse et de la ruse, c'est-à-dire de la pol- « tronnerie. » Grotius, en se plaçant à un autre point de vue, a pris la défense des législateurs qui ont cru devoir consacrer cette singulière institution : « Il déplaît à quel- « ques-uns », dit-il (*Proleg. ad historiam Gothorum*, p. 67), « que les différends douteux aient été décidés jadis par le « duel. Mais ce que Solon avait dit, qu'il n'avait pas fait les « meilleures lois absolument, mais les meilleures que les « Athéniens pouvaient supporter, on doit le supposer chez « les autres législateurs. Or, ceux-ci ont été forcés de per- « mettre beaucoup de mauvaises choses, et souvent de « combattre le poison par le poison. Car c'était un moindre « mal de combattre en duel, au péril de la vie de deux « hommes, surtout après qu'ils avaient été sérieusement « exhortés à ne pas tenter Dieu contre leur conscience, et à « ne pas s'en faire un ennemi par les armes, que de laisser

« lutter des familles entières et de faire naître une guerre « civile. »

852. A la différence des ordalies proprement dites, qui n'étaient guère pratiquées qu'en matière criminelle, le combat judiciaire s'appliquait aux matières civiles et même à la solution de points de droit. Ainsi, en Allemagne, la question de la représentation dans les successions, en Espagne, celle du maintien du rit mozarabique, furent soumises à l'épreuve du combat singulier. Contraire à l'esprit du christianisme, le duel judiciaire fut attaqué par l'Église beaucoup plus tôt et avec beaucoup plus d'énergie que les ordalies, qui ne se fondaient point sur l'emploi de la force matérielle. Il fut combattu dès le cinquième siècle par Avitus, évêque de Vienne; au neuvième, Agobard, archevêque de Lyon, dédia à Louis le Débonnaire un livre spécial : « Adversus legem Gondobaldi [1] et impia certamina « quæ per eam geruntur. » Enfin, les troisième et quatrième conciles de Latran, en 1179 et en 1215, consacrèrent solennellement la réprobation de l'Église. On sait qu'en France l'œuvre de l'abolition du duel judiciaire, commencée par saint Louis, fut achevée dans le quatorzième siècle. En Angleterre, ce duel, aboli par Élisabeth, en matière civile, dès 1571, n'a disparu de la législation criminelle qu'en 1819.

853. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question de faire dépendre ainsi la culpabilité ou l'innocence de circonstances qui n'ont aucun trait, au fond à la réalité du délit, il semble que les présomptions, en matière criminelle, devraient toujours être abandonnées à l'appréciation du juge. Rien ne semble plus opposé que de pareilles présomptions à l'essence de la justice pénale, qui ne doit pas frapper au

[1] Il est avéré aujourd'hui que la loi de Gondebaud, roi des Burgondes, a, non pas introduit, comme l'a cru Montesquieu, mais seulement étendu l'usage du combat judiciaire.

hasard, mais en parfaite connaissance de cause.. « Au ci-
« vil », dit M. Mittermaier (chap. LIII), « on conçoit que le
« nœud gordien soit ainsi tranché, et, dans une situation
« délicate, il vaut mieux peut-être prendre pour guide les
« analogies et l'expérience quotidienne de la vie; mais il
« n'en saurait être ainsi en procès criminel... La loi voulant
« ici la manifestation de la vérité absolue, n'a pas pu
« astreindre le juge à prendre pour base obligatoire, du
« moment qu'ils existent, tels ou tels faits souvent équi-
« voques, auxquels d'ailleurs, en raison de la multiplicité
« infinie des incidents si complexes de la vie humaine, ap-
« pliquer une mesure toujours fixe serait agir par voie d'ar-
« bitraire; décider que ces faits préétablis prouveraient
« nécessairement l'existence du fait principal, c'eût été
« ériger en certitude des probabilités bien souvent trom-
« peuses. »

Il ne faudrait cependant point conclure de ces observations que les présomptions légales répugnent d'une manière absolue au caractère de la justice pénale. Seulement, le législateur ne doit introduire qu'avec une certaine réserve des présomptions propres au droit criminel. D'autre part, toujours d'après les mêmes motifs, les présomptions du droit commun ne doivent pas être appliquées dans toute leur rigueur aux matières criminelles. Voilà les deux points que nous avons à traiter.

§ I. PRÉSOMPTIONS PROPRES AU DROIT PÉNAL.

SOMMAIRE. — 854. Dans quelles limites la présomption légale est admissible au criminel. — 855. Présomption d'infanticide établie par l'édit de 1566. — 856. Présomptions de vol dans l'ancien et dans le nouveau droit. — 857. Induction tirée de la fuite. — 858. De la présomption de dol.

854. Souvent la loi pénale conclut, *à priori*, de l'existence de certains faits qui rendent le délit vraisemblable, à l'existence même du délit. Mais la légitimité d'une pré-

somption aussi grave est subordonnée à deux conditions : 1° que le fait constaté emporte certitude morale du fait incriminé par la loi; 2° que le fait constaté soit lui-même imputable. Ces deux conditions se trouvent réunies dans le cas prévu par l'article 61 du Code pénal, qui punit, comme complices des malfaiteurs exerçant des violences contre la paix publique, ceux qui, connaissant leur conduite criminelle, leur fournissent habituellement une retraite. Le fait de loger habituellement les malfaiteurs rend éminemment vraisemblable une coupable association. Ce fait est parfaitement imputable; la loi, en le frappant, ne fait qu'aggraver la pénalité d'un acte déjà répréhensible en lui-même. C'est là de la rigueur peut-être, mais ce n'est pas de l'iniquité. On peut justifier de même la disposition du Code pénal militaire de 1857 (art. 203, 4°), punissant comme coupable de trahison tout militaire qui, en présence de l'ennemi, provoque la fuite ou empêche le ralliement. La vraisemblance d'une intelligence criminelle avec l'ennemi justifie l'application de la peine capitale à un fait qui, par lui-même, est déjà d'une extrême gravité.

855. Il est plus difficile de justifier la présomption légale d'infanticide établie par notre ancien droit à raison du seul fait de recel de la grossesse. Un édit de Henri II, de février 1556, renouvelé par des ordonnances postérieures et publié tous les trois mois aux prônes des paroisses, réputait avoir homicidé son enfant, et punissait de mort « toute femme qui se trouvait convaincue d'avoir celé, cou- « vert et occulté tant sa grossesse que son enfantement... « et qu'après l'enfant se trouvât avoir été privé du baptême « et sépulture. » Cette présomption de meurtre, attachée à une simple omission, qu'excusait souvent la pudeur, avait été introduite en Angleterre par Jacques Ier (stat. 21, chap. XXVII); elle ne se retrouve plus dans nos lois mo-

dernes, et a été également abolie en Angleterre par suite de l'adoucissement des mœurs. (Stat. 43 de Georges III, chap. LVIII.)

856. Il y aurait, à plus forte raison, injustice flagrante à réputer complice d'un vol celui chez qui l'objet volé serait trouvé, ainsi qu'on le faisait à Rome pour la réparation civile du délit. Notre ancienne jurisprudence pénale allait plus loin, puisqu'elle voyait dans cette circonstance une preuve suffisante pour justifier l'emploi de la torture. *Furtum præsumitur,* dit Mascardus (*De probat.*, conc. 834), *commissum ab illo, penes quem res furata inventa fuerit, adeo ut, si non docuerit a quo rem habuerit, juste, ex illa inventione, poterit subjici tormentis.* Présumer la culpabilité, à raison de circonstances qui peuvent n'être que fortuites, c'est là une marche grossière, appartenant à l'enfance du droit pénal. Elle est réprouvée par la jurisprudence anglaise, où depuis longtemps sir Math. Hale a fait prévaloir ce principe qu'il ne faut jamais condamner un homme pour vol d'effets, par cela seul qu'il n'explique pas comment ces effets sont en sa possession. M. Wills (*Circumstantial evidence,* chap. III, sect. 4) cite plusieurs exemples de condamnations pour vol, à raison de la possession d'objets volés, prononcées contre des personnes dont l'innocence a été ensuite reconnue. Nos lois suivent cependant encore cette marche, lorsqu'elles punissent sévèrement le mendiant ou vagabond qui, porteur d'effets d'une valeur supérieure à cent francs, ne peut justifier d'où ils lui proviennent (C. pén., art. 278); mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui ne s'explique que par la défaveur de l'inculpé. On peut critiquer avec plus de justice les statuts anglais (2, Georg. IV, et 1, Guill. IV, chap. LXVI) qui présument la culpabilité du porteur d'un billet de banque faux, et mettent à sa charge la preuve de la bonne foi.

857. Un indice beaucoup moins grave encore que la possession d'objets suspects, c'est la fuite de l'accusé. Que d'esprits timides reculent devant la crainte d'une accusation, même injuste! On ne saurait donc trop réprouver la disposition du droit commun anglais, abrogée seulement de nos jours, qui, dans les cas de trahison, de félonie ou même de petit larcin, prononçait la confiscation des biens mobiliers de celui qui avait pris la fuite. (Blackstone, liv. IV, chap. XXIX.) C'est bien là un indice éloigné (voy. pag. 406 et suiv., la classification des indices), qu'il est éminemment inique de convertir en présomption légale.

858. Une question fort débattue en cette matière est celle qui consiste à savoir si l'on doit présumer l'intention criminelle à raison de la nature de l'acte, qui serait inexplicable s'il n'avait pas un but illicite. Nous l'avions pensé d'abord, et l'on trouve, en effet, la présomption de dol contre celui qui a commis un acte illicite, érigée en principe par l'ancienne législation bavaroise : « Toute action criminelle », disait l'article 13 du Code pénal de Bavière, « sera « légalement présumée commise avec une volonté crimi- « nelle, à moins que la certitude ou la vraisemblance du « contraire ne résulte des circonstances particulières de la « cause. » Tel est aussi le droit commun en Angleterre et en Amérique (M. Greenleaf, tom. I, p. 43)[1]. Nous lisons également dans M. Rossi (*Droit pénal*, chap. XXIV) que certains faits, sauf le cas de folie, qu'il faudrait démontrer, impliquent par eux-mêmes une intention criminelle, *res ipsa in se dolum habet*, suivant l'expression de nos anciens auteurs. Ainsi, celui qui substitue *dix mille francs* à *mille francs* sur le billet dont il est porteur, aurait mauvaise

[1] Voyez toutefois, même page, not. 2, les motifs donnés, *avec une grande force de raison*, comme le reconnaît M. Greenleaf, en faveur de l'opinion contraire.

grâce à sommer l'accusation de lui prouver qu'il a agi avec une intention criminelle; tandis que le pharmacien qui a fourni une substance vénéneuse, pouvant être de bonne foi, ne saurait être condamné comme complice d'empoisonnement, tant que son intention coupable n'est point établie. Les considérants d'un arrêt de cassation, du 14 avril 1827, portent également que « si les faits sont de telle nature « qu'ils supposent nécessairement de la mauvaise foi de la « part de celui qui les a commis, le jury n'a pas besoin de « déclarer que l'accusé est coupable de ces faits; il suffit « qu'il déclare que les faits sont constants. »

Mais il nous semble impossible de voir, dans aucune des circonstances de pareille nature, quelque défavorables qu'elles soient à l'accusé, une véritable présomption légale. Aucun texte ne consacre chez nous cette présomption de dol, et en matière pénale, plus encore qu'en matière civile, il ne peut y avoir de présomption légale en l'absence d'une *loi spéciale* qui le décide. (C. civ., art. 1350.) De plus, par la nature même des choses, l'induction qui rattache certains actes à une volonté coupable, est une appréciation pour laquelle les magistrats et les jurés ont un pouvoir discrétionnaire, et il n'est pas possible de déterminer *à priori* les actes qui doivent, ou non, emporter présomption de dol. Le caractère de l'acte incriminé emporte une pure présomption de fait, dont la force varie à l'infini, et, à part même la folie, telle ou telle circonstance, tel ou tel état moral de l'accusé peut, en définitive, donner une explication satisfaisante de ce qui, au premier abord, paraissait naturellement criminel. Ce n'est point là d'ailleurs une querelle de mots. S'il s'agissait d'une présomption légale, l'accusé serait obligé, pour la faire tomber, d'établir d'une manière péremptoire la pureté de ses intentions[1]. Or, une pareille

[1] C'est ce qu'a senti l'article précité de l'ancien Code pénal de Bavière,

obligation répugne aux principes sur la preuve en droit pénal (nos 37 et 98), d'après lesquels il suffit à l'accusé de faire naître le doute dans l'esprit de ceux qui sont appelés à prononcer sur son sort. Comme le dit élégamment M. Mittermaier (chap. XVII), s'il y a là une exception de la part de l'accusé, c'est une exception analogue à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, c'est-à-dire qui rejette sur l'accusation le fardeau de la preuve.

§ 2. PRÉSOMPTIONS DU DROIT COMMUN.

SOMMAIRE. — 859. Avec quel tempérament on doit appliquer ces présomptions en matière pénale.

859. Lorsque la loi civile conclut, de certains points connus, à l'existence d'autres points qui sont inconnus, par exemple, du fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage, à la paternité du mari; ou bien, en sens inverse, lorsqu'elle présuppose la non-existence de certains faits, en défendant de les constater, comme elle le fait pour la paternité naturelle et pour la filiation incestueuse ou adultérine, ces dispositions exorbitantes doivent-elles, en toute hypothèse, être appliquées devant les juridictions criminelles? On peut invoquer, en faveur de l'affirmative, le principe, constant aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et d'ailleurs parfaitement raisonnable, que les règles sur la preuve doivent être partout les mêmes. C'est ainsi que la preuve testimoniale n'est pas plus admissible devant un tribunal correctionnel que devant un tribunal civil, lorsqu'il s'agit de constater un dépôt ou un mandat relatif à une valeur de plus de cent cinquante francs. Dès lors, dira-t-on, lorsque, déterminé par des motifs d'ordre supérieur, le législateur nous ordonne de croire

qui parle de certitude ou de *vraisemblance*, quant à la preuve de la non-culpabilité.

certains faits, et nous défend d'en rechercher certains autres, il n'a pas en vue telle ou telle application particulière, mais les débats judiciaires en général. Nous sommes loin de contester le principe que les règles de la loi civile sur la preuve sont communes à toutes les juridictions, et c'est en vertu même de ce principe que nous admettons, en thèse générale, même au criminel, la foi qui s'attache aux écrits en bonne forme. Mais, il faut en convenir, les présomptions légales, reposant sur une supposition préconçue, sont toujours plus ou moins arbitraires, et ne font pas naître dans l'esprit du juge la même conviction que les preuves proprement dites. Or, peut-on se contenter au criminel d'une conviction imparfaite, fondée sur des considérations générales, et non sur les éléments de la cause, du moins lorsqu'il s'agit de condamner? Dès lors, une distinction ne devient-elle pas nécessaire?

Toutes les fois que la présomption légale sera favorable à l'accusé, quand, par exemple, une recherche prohibée par le droit civil tendra à lui faire encourir une peine plus rigoureuse, comme si on voulait établir que celui qui a commis un simple meurtre était le fils naturel de sa victime, afin de faire prononcer contre lui la peine du parricide, au lieu de celle des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 299, 302 et 304), nul doute qu'une pareille prétention ne dût être repoussée. Ce n'est pas pour créer en dehors du système de la loi civile des crimes et des coupables qu'il convient de s'écarter de la marche ordinaire, et d'en revenir à des investigations dont le législateur a supposé, à tort ou à raison, que l'incertitude égalait le scandale. Mais les choses se présentent sous une tout autre face, si c'est contre l'accusé que milite la présomption légale, et que l'instruction révèle des circonstances de nature à faire moralement disparaître cette présomption, bien que

l'on ne soit pas dans une hypothèse où la preuve contraire est admise. Ainsi, supposons que le meurtre dont nous parlons ait été commis sur le mari de la mère de l'accusé, présumé son père en vertu de l'article 312 du Code civil. On peut ne se trouver dans aucun des cas de désaveu, l'accusé n'a point qualité pour attaquer lui-même sa légitimité, enfin les délais seront presque toujours expirés. Mais la conduite et la position de la mère ne peuvent-elles pas être telles qu'il soit moralement certain que l'enfant n'appartient pas au mari? N'est-il pas possible que la cause même de la haine qui existait entre l'enfant et son père putatif, tienne à la notoriété d'une filiation adultérine? Dans une législation qui, comme la nôtre, rend le désaveu fort difficile, le vice d'adultérinité peut trop souvent être flagrant, bien qu'il ne soit pas permis de le constater. (Comp. Rej., 25 mars 1853.) Mais si, dans l'ordre civil, un désir, peut-être exagéré, d'assurer le repos des familles et d'étouffer le scandale, a fait adopter des dispositions singulièrement restrictives en matière de désaveu, il faut convenir que transporter aveuglément ce système dans les questions criminelles afin de créer un parricide fictif, ce serait revenir par une autre voie à l'ancienne théorie des preuves légales, dans ce qu'elle avait de plus déplorable.

Nous pensons donc, quelque hasardée que puisse paraître notre opinion, et en convenant qu'il ne faudra l'appliquer qu'avec une extrême réserve, que les présomptions légales, lorsque l'existence d'un des éléments du délit ne reposera que sur elles, ne seront jamais contre l'accusé des présomptions absolues, et qu'il sera toujours reçu *ex magna et probabili causa* à administrer la preuve contraire. Il ne s'agira pas, après tout, de détruire complétement la présomption de la loi, mais seulement de faire naître des doutes assez graves pour qu'il ne soit plus moralement possible de condamner.

On ne doit, il faut en convenir, s'écarter qu'à la dernière extrémité du principe qui met en harmonie la loi civile et la loi criminelle sous le rapport de la preuve ; mais, quelque fâcheux que soit ce désaccord, il serait bien autrement déplorable de faire tomber une tête en vertu d'une fiction légale.

TROISIÈME SECTION.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE[1].

SOMMAIRE. — 860. Importance de cette présomption. Quelle en est la portée. — 861. Quand il y a *chose jugée*. — 862. Quels jugements peuvent avoir cette autorité. — 863. Distinction du dispositif et des motifs. — 864. Exposer le sujet sommairement.

860. Une présomption légale qui est le principe fondamental de la jurisprudence, c'est celle qui fait considérer les jugements comme la vérité même. Le plus bel hommage qui ait jamais été rendu à cette règle salutaire, c'est la mort de Socrate, aimant mieux subir une condamnation injuste que de donner le funeste exemple de la désobéissance aux lois de son pays.

Une fois qu'une décision judiciaire a acquis l'autorité irréfragable de la chose jugée, on n'est plus recevable à invoquer contre elle les moyens de nullité les plus péremptoires : nous ne connaissons point, comme les Romains (*Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*), de jugements nuls de plein droit. Tel est le sens de l'adage coutumier (Loysel, liv. V, tit. II, n° 5) : *Voies de nullité n'ont point de lieu en France.*

On s'était cependant demandé autrefois si le principe de l'autorité jugée devait prévaloir sur celui de l'inaliénabilité du domaine de l'État. La loi du 1er décembre 1790 (art. 13)

[1] Pour revoir et compléter notre travail, nous avons mis à profit l'excellente monographie, couronnée à Paris et à Toulouse, qu'a publiée en 1868 M. Griolet : *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle.*

a décidé nettement l'affirmative. Ainsi que le dit la Cour de cassation (Rej., 6 décembre 1864), il est impossible de considérer comme une aliénation la reconnaissance, après débat, d'un droit contesté. Il en serait de même, à plus forte raison, quant à l'inaliénabilité du fonds dotal, qui ne touche que des intérêts privés.

Ainsi, quelque respectable que soit un principe de droit, il ne saurait prévaloir sur l'autorité de la chose jugée. Une incompétence, même radicale, ne saurait faire tomber un jugement devenu inattaquable, ainsi qu'on l'a décidé (Rej., 29 janvier 1861) relativement à un jugement français qui avait statué sur l'état d'un étranger.

Mais il est des limites que l'autorité judiciaire, dans toute la plénitude de son action, ne saurait être admise à dépasser: ce sont celles qui séparent le pouvoir judiciaire du pouvoir administratif. Si la juridiction civile a rendu une décision sur des points réservés par la loi à la juridiction administrative, on ne saurait considérer cette dernière juridiction comme dessaisie, par cela seul qu'elle n'aurait pas soulevé le conflit et qu'elle aurait même laissé la décision du tribunal civil acquérir force de chose jugée. La Cour de cassation a reconnu, en pareille hypothèse (Cass., 28 décembre 1835 et 29 janvier 1839) qu'il y a là une incompétence absolue et d'ordre public, que ne saurait couvrir l'autorité même de la chose jugée.

Que faudrait-il décider si nous allions jusqu'à supposer que la Cour de cassation, au lieu d'appliquer elle-même ces principes, voulût faire prévaloir la décision judiciaire sur la décision administrative, soit en s'attachant à la force de la chose jugée, soit, plus généralement, en méconnaissant d'une manière quelconque la prépondérance de l'autorité administrative? La question a été prévue dès l'origine de la nouvelle organisation des pouvoirs, établie en 1790.

L'élément politique contrôlé par le pouvoir législatif, doit l'emporter sur l'élément traditionnel.

« Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps « administratifs », dit la loi du 14 octobre 1790, « ne sont « en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront por- « tées au Roi, chef de l'administration générale ; et dans le « cas où l'on prétendrait que les ministres de Sa Majesté « auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les « plaintes seront adressées au corps législatif. »

861. Dans le sens usuel de la procédure, un jugement a l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire est exécutoire, tant vis-à-vis des parties que vis-à-vis des tiers (C. de proc., art. 548), lorsqu'il a été rendu en dernier ressort, ou lorsqu'on a laissé expirer les délais pour l'attaquer par les voies ordinaires (l'opposition et l'appel). C'est en ce sens que Pothier (*Oblig.*, n°s 852 et suiv.) envisage, même au point de vue de la présomption légale qui s'y rattache, l'autorité de la chose jugée. Mais cette manière de voir n'est pas bien exacte : autre chose est le point de vue de la procédure, autre chose est le point de vue du pur droit civil. Quand on examine s'il y a chose jugée, en se préoccupant, avec le droit civil, de la foi qui s'attache au jugement, on ne se demande pas s'il est exécutoire, mais s'il emporte, comme le dit Pothier lui-même (*ibid.*, n° 850), une présomption *juris et de jure*. Or, cette présomption n'existe qu'autant que le jugement se trouve, non-seulement muni de l'autorité de la chose jugée, suivant les principes de la procédure, mais à l'abri de tout mode de recours, même extraordinaire. Que si l'on veut entendre par chose jugée l'autorité provisoire qui s'attache à un jugement, même susceptible d'être attaqué, il n'y a pas de raison pour distinguer ici entre les voies ordinaires et les voies extraordinaires, et il faut dire, avec les jurisconsultes romains, que tout jugement, dès qu'il est

rendu, a l'autorité de la chose jugée. *Post rem judicatam*, dit Ulpien (L. 7, D., *De transact.*), *transactio valet, si vel appellatio intervenerit, vel appellare potueris.* Ce n'est que le droit canonique, comme le fait observer Savigny (*Traité du droit romain*, § 265), qui a donné au mot *autorité de chose jugée* le sens qu'il a reçu dans la procédure moderne. Au surplus, cette distinction n'a qu'un intérêt purement doctrinal, puisque l'on est d'accord sur les résultats pratiques.

Une observation beaucoup plus importante, c'est qu'il ne peut jamais y avoir chose jugée sur la question de droit présentée d'une manière abstraite et indépendamment de l'espèce sur laquelle a statué le juge. En dehors du litige tranché par la décision judiciaire, la solution de droit n'a qu'une autorité purement morale; elle ne saurait avoir dans une autre affaire *vim sententiæ*. Ainsi, la Cour de cassation a reconnu, le 27 juillet 1858, que le rejet d'un moyen de nullité opposé à une citation ne saurait avoir force de chose jugée relativement au même moyen proposé contre un commandement. (Voy. n° 897.) Cela est vrai, même des arrêts rendus, toutes sections réunies, par la Cour de cassation, aux termes de la loi du 1er avril 1837; ces arrêts n'ont autorité que dans l'espèce pour laquelle ils ont été rendus. En dehors de l'espèce, ils ne lient aucune juridiction, pas même celle d'où ils émanent. Leur valeur, purement doctrinale, est fondée, comme le disait M. Dupin, *non ratione imperii, sed rationis imperio.*

862. Nous avons maintenant à nous demander quels sont les jugements auxquels peut appartenir l'autorité de la chose jugée.

Et d'abord, il ne saurait y avoir autorité de chose jugée qu'autant qu'il y a *jugement* proprement dit, c'est-à-dire décision du juge en matière contentieuse. Les actes de juridiction gracieuse ne sont point de vrais jugements, mais

des contrats revêtus de formes judiciaires. Ainsi, l'arrêt qui autorise définitivement une adoption (C. civ., art. 357, 359) n'a d'autre effet que de permettre à l'officier civil de recevoir acte du consentement des parties ; il laisse intacte aux intéressés la faculté de faire valoir tous moyens de fait et de droit contre la validité de l'adoption. (Cass., 13 mai 1868). De même, un jugement *d'expédient*, c'est-à-dire qui homologue une transaction entre les plaideurs, a bien l'autorité de la convention, mais non pas celle de la chose jugée. Et ce n'est point là une question de mots, puisque les conventions ne sont point susceptibles d'être attaquées de la même manière et dans la même forme que les jugements. De même, on ne saurait attribuer l'autorité de la chose jugée à un jugement rendu sur requête, comme celui qui ordonne l'envoi en possession des biens d'un absent (Colmar, 18 janvier 1850) ; ce n'est point par une voie de recours, c'est par action directe qu'il y a lieu d'attaquer un pareil jugement. A plus forte raison ne saurait-on reconnaître une autorité, excluant tout recours pour cause d'empiétement illégal, à la simple autorisation que reçoit de la justice un officier ministériel. (Cass., 18 novembre 1862 et 11 février 1863.)

Mais, quand il s'agit d'une décision contentieuse, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de distinguer si le jugement est définitif ou interlocutoire, ou simplement provisoire. On admet bien aujourd'hui, contrairement à la doctrine du droit romain, reproduite par Pothier (*ibid.*, n° 851), qu'un jugement interlocutoire, par exemple, celui qui ordonne une enquête, ne saurait être rétracté par le juge, et que par conséquent il a l'autorité de la chose jugée. (Comp. Rej., 25 avril 1842 et 30 janvier 1856.) C'est dans un tout autre sens, ainsi que nous l'avons expliqué (n°s 299 et suiv.), que l'interlocutoire ne lie point le juge. Mais on soutient encore qu'il n'en est pas de même des jugements provi-

soires, et on reproduit cette assertion de Pothier (*loc. cit.*) qu'un jugement qui contient une condamnation provisionnelle, n'emporte point présomption que la somme portée en la condamnation soit véritablement due, puisque la partie condamnée est toujours reçue à prouver dans le cours du procès qu'elle ne doit rien. Quelque respect que nous devions à l'autorité de Pothier, nous sommes obligé de signaler dans cette proposition une véritable confusion d'idées. De ce que celui qui a été condamné à payer une provision peut prouver en définitive qu'il ne doit rien, il ne s'ensuit point que le jugement qui le condamne à fournir une provision n'ait point l'autorité de la chose jugée. Il a cette autorité *positis ponendis;* il décide irrévocablement que *Primus* doit payer telle provision à *Secundus* (Rej., 11 avril 1865), mais il ne statue ni n'a voulu statuer sur la question de savoir si *Primus* sera reconnu en définitive débiteur de son adversaire.

863. Dans le jugement, même contentieux, on ne saurait attribuer l'autorité de la chose jugée à toutes les paroles du juge. *Non omnis vox judicis,* dit Dioclétien (L. 7, Cod., *De sent. et interl.*), *judicat continet auctoritatem.*

Faut-il cependant admettre, comme on l'enseigne généralement en France, que l'autorité de la chose jugée appartienne exclusivement au dispositif, et que les motifs, simples éléments de la conviction du juge, pouvant être erronés sans que la décision soit critiquable, n'aient point force de jugement[1]? D'où il faudrait tirer cette double conséquence, qu'on ne saurait jamais, dans une autre instance, se prévaloir des motifs contre la partie à laquelle ils seraient défavorables, et, par contre, que cette partie ne serait point recevable, faute d'intérêt, à les attaquer

[1] Nous insistons sur cette question, essentiellement pratique, mise en lumière par Savigny, et que M. Griolet n'a traitée que d'une manière trop sommaire.

devant une juridiction supérieure. (Voy. Rej., 29 janvier 1824; Aix, 22 juillet 1862.)

Savigny (*Traité du droit romain*, § 291 et suiv.) combat dans sa généralité cette doctrine, en s'attachant à l'idée, qu'a soutenue le premier Böhmer (*Jus eccles., proleg.*, lib. II, tit. XXVII, § 14), que les raisons déterminant la conscience du juge sont l'âme et comme le nerf de la sentence, *anima et quasi nervus sententiæ.*

Nous ne suivrons pas ces doctes interprètes sur le terrain de la législation romaine. On ne saurait rapprocher utilement des formes de la procédure moderne le mode de procéder du *judex*. La *pronuntiatio*, par laquelle, dans les actions arbitraires, il statuait sur le droit du demandeur, n'avait aucun rapport avec nos motifs, c'était une sorte de décision préjudicielle; il n'y a donc rien à conclure de l'autorité de cette *pronuntiatio* à celle des motifs dans les jugements modernes. Quant à la sentence même, il semble qu'elle était rarement motivée. La formule de condamnation qui nous est donnée dans les *Institutes* de Justinien (§ 1, *De off. judic.*) : *Publium Mœvium Lucio Titio decem aureos condemno, aut noxam dedere*, est un simple dispositif. Nous trouvons seulement dans un texte de Macer (L. 1, § 1 et 2, D., *Quæ sentent. sine appell. rescind.*) des exemples de sentences motivées; mais Macer est un jurisconsulte des derniers temps, et on ne peut signaler rien de semblable dans ce qui nous a été conservé des écrits des anciens jurisconsultes. La suppression de l'*ordo judiciorum* a pu amener l'institution de jugements motivés, mais les documents nous manquent sur ce point.

Mentionnons également pour mémoire l'usage de certains tribunaux allemands, de ne point communiquer les motifs aux plaideurs, usage suivi par le tribunal suprême de Berlin, jusqu'à l'ordre du cabinet du 19 juillet 1832. Chez nous,

depuis la loi du 24 août 1790 (tit. V, art. 15), toutes les décisions judiciaires doivent être motivées; il n'y a d'exception que pour le verdict du jury, dont le laconisme donne lieu à de graves difficultés, ainsi que nous le verrons en parlant de la chose jugée au criminel.

Savigny a précisé la doctrine de Böhmer, en lui donnant une forme empruntée à la métaphysique de Kant. Il distingue les motifs *subjectifs*, simples mobiles de la détermination du juge, et les motifs *objectifs* [1], qu'avait en vue Böhmer, lorsqu'il parlait de raisons de décider qui sont l'âme de la sentence.

On est d'accord pour refuser l'autorité de la chose jugée aux motifs purement subjectifs. Ces motifs sont les mobiles qui ont pu agir sur la conscience du juge, ils contiennent, soit l'opinion du juge sur telle ou telle question de droit, opinion dont la valeur n'est que doctrinale, soit l'appréciation de certains faits qui se rattachent au litige, sans constituer le point contentieux.

Aucune difficulté sur les motifs qui portent seulement sur une question de droit dont le dispositif n'implique point la solution. Dès que l'on arrive au même résultat par d'autres motifs, point d'intérêt à attaquer ceux qui se trouvent énoncés dans le jugement. (Rej., 9 janvier 1866.) Aussi voyons-nous tous les jours un tribunal d'appel confirmer la décision des premiers juges, bien qu'en réprouvant, en tout ou en partie, les motifs par eux donnés. C'est ce que décide d'ailleurs le législateur, quand il nous dit (Inst. crim., art. 411) : « Lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par « la loi qui s'applique au crime, nul ne pourra demander « l'annulation de l'arrêt, sur le prétexte qu'il y aurait erreur

[1] Cette distinction est tout à fait étrangère à la jurisprudence romaine, malgré les efforts de Savigny pour y plier les textes du *Digeste*.

« dans la citation du texte de la loi. » Et la Cour de cassation a appliqué cette décision au civil, en jugeant formellement (Rej., 3 février 1864) « que la Cour de cassation ne saurait, « sans dégénérer en un troisième degré de juridiction, sub- « stituer un dispositif à celui qui lui est déféré ; qu'elle « demeure, au contraire, fidèle à sa mission lorsqu'en « présence d'une décision conforme au vœu de la loi, elle « maintient cette décision et se borne à lui donner des « motifs réguliers, ces motifs fussent-ils contraires aux « motifs exprimés par les juges de la cause. »

Si les parties ne peuvent s'attaquer aux motifs que Savigny appelle *objectifs* lorsque l'on ne peut les critiquer qu'au point de vue doctrinal, il semble qu'elles ont un intérêt moral à réclamer, lorsque, sans contrarier le dispositif, les motifs contiennent des allégations dont elles peuvent avoir à se plaindre. Si ces allégations n'ont rien d'injurieux, il ne saurait y avoir ouverture à une réclamation sérieuse. Mais il est arrivé que les juges, tout en reconnaissant le droit du plaideur, ont infligé à sa conduite, au point de vue moral, le blâme le plus explicite : ce que la loi autorise seulement pour le président de la Cour d'assises. (Inst. crim., art. 371.) Vainement a-t-on employé, pour faire tomber les motifs de cette nature, la voie de l'appel et celle du recours en cassation. Il a été reconnu (Colmar, 12 février 1844) qu'une partie ne peut réclamer devant le juge d'appel la suppression, comme injurieuse, des motifs d'un jugement, puisque ces motifs sont l'œuvre des magistrats qui ont rendu le jugement, et non celle de la partie adverse. Quant au recours en cassation, la Cour régulatrice a décidé (Rej., 29 janvier 1824)[1] que « si les motifs d'un jugement

[1] Le premier considérant de cet arrêt suppose, ce qui a été démenti, nous le verrons, par la jurisprudence de la Cour, que les motifs d'un jugement ne peuvent jamais violer la loi.

« étaient de nature à constituer un véritable délit, la partie « lésée aurait le droit de se pourvoir, mais contre le juge, et « non contre le jugement ; mais par les voies ordinaires, et « non par la voie de cassation. » Par *voie ordinaire*, il faut entendre ici la prise à partie, suivant les conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation.

Ce qui ne saurait être douteux, c'est que, si les motifs donnés par le juge sont tout à fait en dehors de la mission qui lui est confiée, ils doivent être considérés comme non avenus. Ainsi, un jugement correctionnel, tout en renvoyant le prévenu au point de vue de la loi pénale, avait constaté qu'il avait volontairement causé préjudice à autrui, en lui remettant des jetons de cuivre au lieu de pièces d'or. Un jugement du tribunal civil de Nogent-le-Rotrou, aux termes duquel le fait ainsi établi s'imposait au juge civil, a été cassé, le 23 mai 1870, attendu que l'appréciation du tribunal correctionnel, complétement inutile pour soutenir les dispositifs de son jugement, ne pouvait faire obstacle au droit exclusif du juge civil de connaître de l'existence du fait pouvant donner lieu à réparation.

Une décision judiciaire qui contiendrait, même dans ses motifs seulement, un véritable excès de pouvoir, devrait-elle conserver son autorité? Il appartiendrait alors au procureur général près la Cour de cassation de se pourvoir dans l'intérêt de la loi, et même au ministre de la justice de dénoncer à la Cour de cassation l'excès du pouvoir. (Loi du 27 ventôse an VIII, art. 80 et 88.) Il a été jugé, en conséquence (Cass., 7 juillet 1849 et 2 avril 1851), qu'un tribunal qui, tout en se conformant dans son dispositif à la jurisprudence de la Cour de cassation, critique cette jurisprudence dans les motifs de son jugement, et déclare ne s'y soumettre que pour ne point prolonger le conflit, commet un excès de pouvoir qui doit être réprimé par l'annulation

des motifs énonçant une opinion contraire à celle de la Cour régulatrice. (Loi du 1er avril 1837, art. 2.)

Ajoutons, avec M. Dupin (conclusions du 2 avril 1851), que le tribunal supérieur, lorsqu'il y a un intérêt moral pour les parties, peut toujours leur donner satisfaction, en improuvant, dans les considérants de sa décision, les motifs donnés par les premiers juges.

Arrivons aux motifs qualifiés *objectifs*, c'est-à-dire qui se lient intimement au dispositif, à ceux que Böhmer appelle, dans un style moins métaphysique, le nerf de la sentence.

L'assertion des auteurs et des arrêts qui veulent réserver exclusivement au dispositif l'autorité de la chose jugée, ne soutient point un examen approfondi. Savigny (*Traité du droit romain*, § 291) la combat victorieusement, en l'amenant à cette conclusion extrême qu'un jugement aurait l'autorité de la chose jugée, quels qu'en fussent les motifs, s'il portait simplement dans son dispositif, suivant la nature de l'action :

Le défendeur est condamné à payer au demandeur telle somme, ou bien à lui délivrer telle chose.

Ou, si le défendeur obtient gain de cause :

Le défendeur est renvoyé de la demande formée contre lui.

Et des dispositifs de cette nature sont loin d'être une abstraction. Telle était probablement dans l'origine, ainsi que nous l'avons vu, la sentence du *judex* romain. Telle était certainement celle que l'on rendait dans les assises seigneuriales, dont Beaumanoir (chap. LXVII, n° 34) nous donne la formule : « Lor resons oyes et provées en jugement « noz disons, par droit, que Pierres enporterat le sai- « sine ou le propriété de ce dont ples estoit. » Comme on reconnaissait néanmoins (chap. I, n° 20) qu'il ne convenait pas de remettre en jugement le cas qui autrefois avait été

jugé, il fallait bien, en recourant, suivant l'usage du temps, aux souvenirs de ceux qui avaient assisté aux assises, rétablir les conclusions des parties pour savoir quelle question avait été jugée. Il y avait également un simple dispositif dans nos décisions judiciaires de l'époque antérieure à 1789, qui n'était point motivé, et dont il fallait rechercher le sens dans les pièces du procès. Enfin, notre juridiction correctionnelle rend bien des décisions motivées, mais le dispositif y consiste simplement dans l'application de la peine : *Condamne,* etc. Pour savoir ce qui a été jugé, il faut nécessairement se reporter aux motifs : *Attendu que N. s'est rendu coupable d'escroquerie,* etc. Ici la nécessité a bien forcé la jurisprudence de la Cour de cassation à reconnaître (Rej., 26 juillet 1865 et 8 novembre 1866) que la force jugée appartient alors, non-seulement au dispositif, mais à ceux *des motifs qui se réfèrent aux qualifications pénales.* (Voy. aussi Paris, 22 janvier 1864.) Ces motifs font essentiellement corps avec le dispositif. Ce sont alors les motifs, rédigés par le juge, qui nous fournissent sur la portée du jugement les renseignements qu'il eût fallu demander autrefois aux souvenirs de l'assistance ou aux pièces du procès.

Si le dispositif est généralement plus développé dans nos jugements civils, il peut cependant fort bien arriver que les motifs en soient le complément nécessaire. C'est ce que la Cour de cassation reconnaît implicitement, mais d'une manière non équivoque, lorsque, revenant sur ce qu'avait de trop absolu sa première jurisprudence, elle posè en principe (Rej., 25 juin 1869) qu'on ne peut attaquer les motifs *s'ils ne sont point nécessaires pour soutenir le dispositif.*

Ainsi, lorsqu'un débiteur oppose à son créancier la compensation, et que le juge, en rejetant la compensation dans son dispositif, motive sa décision sur la nullité de la créance

invoquée par le demandeur, ce motif soutient évidemment le dispositif, et il y a chose jugée quant à la nullité de la créance. Il en est ainsi, sans conteste, toutes les fois que la question résolue sur les motifs est vraiment préjudicielle; et, en effet, si l'on détachait la question, comme on le faisait à Rome, on aurait un premier dispositif auquel s'attacherait l'autorité de la chose jugée; or, ce serait, comme le fait observer Savigny, un véritable formalisme que de vouloir donner moins de force à la décision du juge, parce qu'elle se produit sous la forme de motif, et non sous celle de jugement préjudiciel. (En ce sens, Nîmes, 10 décembre 1839.)

Il y a plus de difficulté, et M. Griolet (*Autorité de la chose jugée*, p. 9) combat la doctrine de Savigny, lorsque le dispositif peut à la rigueur se soutenir sans les motifs, par exemple, lorsque le dispositif affirme la créance et que le fait du payement se trouve nié dans les motifs. La chose jugée, dit-on, ne porte que sur la relation de droit, la créance, relation qui a effectivement existé nonobstant le fait du payement. Mais cette doctrine nous paraît trop subtile. Il est évident que le motif ici n'est point purement subjectif, puisqu'il tranche la question sur laquelle a porté le débat, le fait du payement. Si *Secundus* a été reconnu débiteur de *Primus*, c'est parce qu'il n'a pu justifier du payement. La relation de droit est ici inséparable du fait, *ex facto jus nascitur*. Au fond, M. Griolet ne s'écarte guère de la doctrine de Savigny, puisqu'il reconnaît (p. 123) qu'il faut consulter les motifs, toutes les fois que le dispositif est susceptible d'interprétations différentes.

Savigny applique également sa théorie sur les motifs dans l'hypothèse où le défendeur à l'action réelle établirait qu'il est lui-même propriétaire. Dans le système de la législation romaine, le défendeur ne peut régulièrement faire cette preuve;

ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. (Just., *Inst.*, § 2, *De act.*) En déclarant la propriété du défendeur dans les motifs de la sentence, le *judex* communiquerait à cette déclaration l'autorité de la chose jugée. Cette autorité donnée à Rome aux motifs, qui ne nous apparaissent que dans le dernier état du droit, est singulièrement hasardée; tout au plus pourrait-on l'admettre dans la législation de Justinien, et par conséquent dans les pays modernes qui suivent le droit romain. Mais, aucun texte du droit français ne reproduisant la doctrine romaine, d'après laquelle le défendeur n'est point admis à prouver la propriété, nous sommes dispensés de recourir à cet expédient. Le défendeur à l'action réelle peut fort bien se porter demandeur reconventionnellement, et par conséquent faire constater son droit dans le dispositif. (Voyez l'arrêt de rejet du 22 mai 1865, cité n° 237 *ter*.)

864. Cette importante présomption se rattachant au fond du droit autant qu'à la preuve, les règles sur l'effet des jugements, c'est-à-dire sur les personnes et sur les objets auxquels elle s'applique, reposent sur les mêmes bases que les règles sur l'effet des conventions. On l'a souvent dit avec raison, *judiciis contrahimus*[1]. Les bornes et le plan de cet ouvrage ne comportent qu'une exposition succincte des doctrines sur la chose jugée, que nous avions signalées comme pouvant faire la matière d'un livre : vœu qui a été heureusement réalisé par le travail de M. Griolet.

Aussi ne traiterons-nous point de l'effet des jugements rendus en pays étrangers, sujet qui se rattache à des considérations de pur droit international, étrangères à l'objet

[1] *Judicio contrahere* s'entend, en droit romain, non de la sentence du juge, mais de l'espèce de convention qui s'opère par la *litis contestatio*, d'où naît l'instance, *judicium*. Néanmoins l'idée est au fond la même, le jugement n'étant que le complément de l'instance, et puisant toute sa force dans la *deductio rei in judicium*.

de cet ouvrage. Mais il faut reconnaître, dans tous les cas, que les jugements étrangers, en dehors de tout *exequatur*, font foi, jusqu'à preuve contraire, des faits qui y sont constatés. (Douai, 5 mai 1836.)

Nous nous occuperons, suivant notre usage, d'abord de la juridiction civile, puis de la juridiction criminelle; nous terminerons par l'examen de l'influence que peuvent exercer les jugements civils sur les jugements criminels et réciproquement.

PREMIÈRE DIVISION.

CHOSE JUGÉE AU CIVIL.

SOMMAIRE. — 865. Limites de l'autorité de la chose jugée. — 866. Interprétation erronée du droit romain.

865. La fiction nécessaire à la conservation de l'ordre social, qui fait considérer la chose jugée comme étant la vérité, n'est légitime qu'à condition de ne jamais dépasser les limites de la question qui a été posée par le juge. Au delà, il n'y a plus d'autorité de la chose jugée, par cette raison péremptoire qu'il n'y a plus de jugement. C'est ce qu'Ulpien exprime d'une manière bien simple, dans le texte suivant (L. 3, D., *De except. rei judic.*) : *Julianus respondit exceptionem rei judicatæ obstare, quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur*. Le Code civil eût coupé court à bien des controverses et à bien des embarras dans la pratique, s'il s'était contenté de dire (art. 1351) : « L'autorité « de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait « l'objet du jugement..... il faut que la demande soit entre « les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en « la même qualité. »

866. Malheureusement ici, comme cela arrive trop sou-

vent, une interprétation erronée du droit romain a passé de la doctrine de Pothier dans le texte du Code.

A Rome, excepté dans les *judicia legitima* (Gaius, tom. IV, § 107), tombés en désuétude à l'époque de Justinien, le moyen que tirait le défendeur de la chose jugée était présenté comme une exception [1] de nature à paralyser l'action qui serait de nouveau intentée. Ainsi envisagée, l'*exceptio rei judicatæ* est un pur moyen de procédure, comme l'*exceptio rei in judicium deductæ*, que l'on donnait s'il y avait eu *litis contestatio*, puis péremption de l'instance. (Gaius, *loc. cit.*) L'exception de la chose jugée, ainsi envisagée, n'était que l'extinction de l'action par suite d'une loi de la procédure.

Le moyen tiré de la chose jugée se présentait d'une manière plus nette, lorsque, sans se prévaloir d'une extinction directe, on invoquait la déclaration précédente du juge sur le fait litigieux comme coupant court à toute controverse. Ainsi, lorsque le juge, vis-à-vis lequel le défendeur avait invoqué une créance comme moyen de compensation, avait repoussé ce moyen, en niant l'existence même de la créance; bien que le droit allégué par le défendeur n'eût pas été précisément déduit *in judicium*, il n'en était pas moins paralysé, *quasi re judicata*, par l'exception de la chose jugée. (Ulp., L. 8, § 1, *De neg. gest.*; L. 7, § 1, *ibid., De compens.*) Il en était de même pour le part et pour les fruits qui avaient pris naissance après la *litis contestatio*. Le demandeur qui avait échoué dans la *rei vindicatio*, s'il voulait réclamer ce part ou ces fruits, était bien recevable, en principe, puisque son droit n'était point consommé, n'ayant point été déduit en instance, mais il était repoussé, au moyen de la

[1] Chez nous, il est beaucoup plus simple de faire toujours produire à la chose jugée un effet direct, et c'est ce que nous devons admettre aujourd'hui, bien que beaucoup d'auteurs répètent encore, sans s'en rendre compte, la vieille expression d'*exception* de la chose jugée.

fonction, non plus négative, mais positive, de l'exception de la chose jugée. (Ulp., L. 1, § 1 et 3, D., *De except. rei judic.*)

Les interprètes ont confondu ces deux applications de l'exception de la chose jugée : confusion imputable jusqu'à un certain point aux jurisconsultes romains eux-mêmes, qui, plus praticiens que rigoureux analystes, n'ont nulle part signalé nettement la distinction. Il a fallu, pour élucider ce point, la sagacité de la critique allemande. Keller, le premier, a distingué la *fonction négative* et la *fonction positive* de l'exception. Ces deux fonctions se dessinent nettement dans une hypothèse bien connue des romanistes, mais dont on n'avait point su tirer parti.

Le défendeur, dans une action réelle, comme dans toutes les actions arbitraires, doit être absous, s'il satisfait au demandeur, bien que le droit du demandeur ait été reconnu par le juge. Dès lors, si plus tard il possède de nouveau l'objet du litige, actionné une seconde fois, il invoque l'exception *rei judicatæ*, en tant qu'extinctive de l'action primitive. Mais, ainsi que l'observe Julien (L. 16, D., *ibid.*), il serait singulièrement inique que l'exception de la chose jugée profitât à celui contre qui a été rendue la décision judiciaire. Aussi le demandeur répliquera-t-il à l'exception négative, en invoquant l'autorité positive de la chose jugée : *Si exceptio objicietur a possessore rei judicatæ, replicet, si secundum me judicatum non est*[1]. (Marc., L. 16, § 5, D., *De pign. et hypoth.*)

Les textes, rapprochés d'une manière plus ou moins heureuse au Digeste, qui ont servi de type à l'article 1351 du

[1] L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée, tenant au caractère même de la procédure, a nécessairement existé à Rome de tout temps. Il n'en était peut-être point de même de l'effet positif, qui suppose une civilisation plus avancée, et qui n'existe point, dit-on, dans la loi musulmane. Ce dernier effet paraît du moins avoir été consacré à Rome, dès le temps de Cicéron, qui reproche à Verrès *quod de re judicata judicaverit.*

Code., sont des fragments de Paul et d'Ulpien. (L. 12, 13 et 14, *De except. rei judicat.*), ainsi conçus :

Cum quæritur, hæc exceptio noceat, nec ne? inspiciendum est, an idem corpus sit;

Quantitas eadem, idem jus;

Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum : quæ nisi omnia concurrunt, alia res est.

Ainsi que l'a très-bien fait voir M. Griolet (*Autorité de la chose jugée*, pag. 12 et suiv.), ces textes sont relatifs à la consommation de l'action et non à l'effet positif que peut entraîner dans d'autres affaires l'autorité de la chose jugée. C'est au point de vue de la *deductio in judicium* qu'il fallait, pour que l'on fût non recevable à reproduire le droit réclamé, identité : 1° dans l'objet corporel ou dans la quantité; 2° dans le droit; 3° dans la cause; 4° dans la personne qui était le sujet du droit.

Nous renvoyons au savant travail de M. Griolet pour le développement de ces diverses conditions dans la procédure romaine. Ce qu'il nous importe de constater, c'est que ces conditions, dont on a tant abusé, sont relatives à l'extinction par la sentence du juge du droit déduit en instance. Appliquer, comme l'ont fait les anciens commentateurs, ces règles à l'autorité positive de la chose jugée, c'était se mettre en opposition, soit avec le bon sens, soit avec des textes formels. Ainsi, pour ne parler que de la condition de l'identité de l'objet, *an corpus idem sit*, cette identité n'existe nullement entre la réclamation d'un corps certain à titre d'héritier, et la pétition d'hérédité exercée contre un débiteur héréditaire. Il y a cependant là identité d'objet, au point de vue de l'autorité de la sentence, entre l'une et l'autre réclamation. C'est ce que décide, d'accord avec la raison, un texte positif d'Ulpien. (L. 7, § 5, D., *De except. in judic.*) L'interprétation a été plus malheureuse encore,

ainsi que nous le verrons, lorsqu'elle a recherché une *causa proxima actionis* en dehors du titre même de la demande.

Telle est l'origine des dispositions de l'article 1351 :

« Il faut que la chose demandée soit la même; que la « demande soit fondée sur la même cause. »

Dispositions qui ont singulièrement embarrassé les auteurs et la jurisprudence.

Nous allons traiter d'abord de l'identité de la question soumise au juge, en tâchant de rétablir les vrais principes de la législation romaine, obscurcis par la confusion que nous avons signalée. Nous parlerons ensuite de l'identité quant aux parties et à leurs qualités, qui soulève, sans doute, des difficultés sérieuses dans l'application, mais pour laquelle du moins le principe général ne donne lieu à aucune contestation.

§ 1. IDENTITÉ DE LA QUESTION.

SOMMAIRE. — 867. A quelles conditions il y a identité de la question. — 868. Identité du droit. — 869. De l'objet du droit. — 870. Objet individuel. — 871. Quantités. — 872. Rapports du tout et des parties. — 873. Identité du titre de la demande. Cause. — 874. Nécessité de la mention de la cause dans les actions réelles. — 875. Cas où il n'y a point difficulté sur le caractère de la cause. Controverse sur les faits extinctifs. — 876. Actions en nullité. Réfutation de la théorie de Toullier.

867. Est-ce la même question qui s'agite entre les plaideurs, *eadem quæstio,* comme le dit, avec sa netteté habituelle, Ulpien, dans le texte cité plus haut (n° 863)?

La question sera la même, suivant la judicieuse analyse de M. Griolet (pag. 133 et suiv.), s'il y a identité 1° dans la nature du droit; 2° dans son objet; 3° dans le titre de la demande, c'est-à-dire, dans le fait juridique sur lequel elle est fondée; nous évitons d'employer le mot *cause,* qui a reçu une extension exagérée dans la doctrine moderne.

1° *Identité du droit.*

868. L'identité du droit réclamé, *idem jus,* dit Ulpien (L. 13, D., *De except. rei judic.*), est la première condition

qui se présente à l'esprit. Cette expression vague de Pothier et du Code, la *chose demandée*, semble confondre le droit réclamé avec l'objet du droit. Le droit peut être identique, et la chose demandée toute différente, ainsi que nous l'avons déjà fait observer pour la pétition d'hérédité. (N° 866.)

Il ne s'élèvera guère de difficulté sérieuse sur l'identité du droit prétendu, quand il s'agira du cumul du droit réel et du droit personnel. Il est difficile de supposer, dans la pratique, qu'on invoque sur le même bien un droit réel et un droit personnel, sans que ces droits se rattachent à des faits juridiques différents. Ce qui peut seulement arriver sous l'empire de notre Code (art. 1138), c'est que la même personne soit à la fois, et au même titre, créancière et propriétaire d'un corps certain. Il est évident alors qu'elle ne saurait présenter sous une face nouvelle une seconde action tendant au même but que la première. Les jurisconsultes romains ont bien reconnu qu'en pareille hypothèse il faut s'attacher au fond des choses plutôt qu'à la forme. *De eadem re agere videtur*, dit Ulpien (L. 5, D., *ibid.*), *et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat : sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. Ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eamdem rem agat negotiorum gestorum vel vindicet, de eadem re aget.* On peut citer, à l'appui de cette doctrine, un arrêt de la Cour de cassation (Rej., 19 avril 1836) qui considère l'action en revendication d'objets mobiliers, de la part du vendeur non payé, comme se confondant dans son but avec l'action en résolution de la vente [1].

Ce qui arrivera plus fréquemment, c'est qu'après avoir

[1] Remarquez que cet arrêt est antérieur à la nouvelle rédaction du Code de commerce, dont l'article 550, par le sens général qu'il donne au mot *revendication*, fournit un puissant argument au système qui ne voit dans la revendication exercée par le vendeur de meubles que l'exercice, vis-à-vis des tiers, du droit de résolution.

revendiqué un droit plus étendu sur un bien, je revendique un droit moins étendu, ou réciproquement. On réclamera, par exemple, au même titre, un droit d'usufruit ou de servitude sur un bien, après en avoir vainement réclamé la pleine propriété. Il faut alors distinguer si la revendication d'un droit moins étendu par celui qui a échoué dans la revendication de la propriété entière, ne fait que reproduire la même réclamation sous une autre forme, ou constitue une prétention toute nouvelle. Ainsi, après avoir été repoussé dans la revendication d'un immeuble, je ne pourrai revendiquer la jouissance de ce même immeuble, si je la réclame comme partie intégrante du droit de propriété, ce que les commentateurs ont appelé l'usufruit *causal*. Mais je serai reçu à revendiquer l'usufruit proprement dit, l'usufruit *formel*, sans que l'on puisse m'opposer ce qui a été jugé sur la propriété : bien que l'usufruit constitue en théorie un démembrement de la propriété, il n'y a aucune contradiction dans la pratique à reconnaître que tel titre ne m'a point conféré la propriété, et à soutenir en même temps qu'il m'a conféré un droit d'usufruit. (Voy. Pomp., L. 21, § 3, D., *De except., rei judic.*) Autre chose est la réclamation partielle d'un droit déjà réclamé en totalité, autre chose est la réclamation d'un droit distinct, bien que compris *in abstracto* dans le premier. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 30 mars 1837 a jugé que le non-succès de la demande du propriétaire d'un fonds, tendant à s'affranchir d'une servitude *non ædificandi*, ne faisait pas obstacle à ce que ce propriétaire réclamât ultérieurement, par une demande spéciale, le droit d'exploiter son mur de clôture en y donnant de la profondeur et en y pratiquant des boutiques sur la voie publique : « Attendu, en droit, qu'il n'y a point de chose jugée « toutes les fois que la demande sur laquelle a statué le « second arrêt n'est pas la même que celle jugée par le

« premier; que la demande générale par laquelle on réclame « un droit absolu et sans bornes, est tout à fait différente « de la demande spéciale par laquelle on réclame un droit « déterminé distinct du premier, et dont il n'a été nulle- « ment question à l'occasion du premier arrêt; qu'enfin la « disposition générale de cet arrêt qui rejette la demande « générale, ne rejette aucunement la demande spéciale, « à l'égard de laquelle les parties n'ont rien réclamé; *sen- « tentia generalis lata super petitione generali restringitur ope re- « plicationis*[1] *ad prosecuta tantum*[2] »: maxime empruntée par le rapporteur, M. Lasagni, à la Glose. (*Ad leg.* 2, *Cod., De judic.*)

Le droit à la possession est essentiellement distinct du droit de propriété. Il en résulte nécessairement que la chose jugée au possessoire laisse intacte la question du pétitoire. (Cass., 22 août 1853.) Et lors même que la demande au pétitoire est fondée sur la prescription, qui a elle-même pour base la possession, la décision du juge de paix, qui constate le droit du réclamant au point de vue de la maintenue possessoire, ne saurait préjuger en sa faveur le droit de possession en tant qu'il peut conduire à la prescription. (Rej., 28 décembre 1857 et 11 avril 1865.) Ajoutons même que, si le juge de paix s'est borné à maintenir en possession le défendeur à une action en complainte, ce jugement ne lui assure point le droit de possession au point de vue actif; car, de ce que le demandeur n'a pu justifier de son droit, il ne s'ensuit point que la possession appartienne au défendeur. (Rej., 21 mars 1834.)

[1] La *replicatio* dont parle la Glose, est la réplique du demandeur à l'exception de la chose jugée.

[2] Suivant M. Griolet, l'arrêt de 1837 aurait dû être motivé sur ce qu'il s'agissait plutôt, dans l'espèce, de l'exécution de la première décision que de la réclamation d'un droit distinct du premier; mais, au fond, M. Griolet admet la doctrine de la Cour régulatrice.

S'il n'est point permis, à l'inverse, au demandeur au pétitoire de revenir ultérieurement au possessoire (Cod. de proc., art. 26), ce n'est pas que la question possessoire ait pu être jugée par le tribunal civil; c'est que je suis censé avoir renoncé à l'avantage de la possession, en plaidant sur le fond (Rej., 2 février 1857), supposition qui n'était pas admise à Rome. (Ulp., L. 12, § 1, D., *De adq. poss.*)

2° *Identité de l'objet.*

869. Arrivons à l'identité de l'objet du droit.

Il importe d'abord de nous prémunir contre toute équivoque. Point de doute qu'on ne puisse réclamer plusieurs fois le même objet en vertu de titres différents, d'une donation, d'un testament, etc., sans que le rejet de l'une de ces demandes soit de nature à préjuger en rien le sort des autres. Aussi n'y a-t-il point lieu de citer, comme relatif à l'identité d'objet, un arrêt de cassation du 14 février 1831. Si cet arrêt a jugé qu'on peut, après avoir échoué dans la demande d'un droit de propriété exclusif, réclamer sur le même bien un droit de propriété commune et indivise, c'est que ce dernier droit, ainsi qu'on peut facilement le supposer, était fondé, dans l'espèce, sur un autre titre que le droit précédemment réclamé. Il faut donc nous placer dans l'hypothèse où, le titre demeurant le même, le doute porte sur l'identité de l'objet du droit.

Il ne faut pas non plus considérer comme l'objet du droit la chose matérielle actuellement réclamée, si la réclamation se rattache à une qualité sur laquelle porte le litige. C'est ainsi que, dans un texte d'Ulpien (L. 7, § 5, D., *De except. rei judic.*) déjà cité (n° 866), on ne permet point à celui qui a vainement intenté la pétition d'hérédité contre un débiteur héréditaire, de renouveler le litige en revendiquant un corps héréditaire; car le véritable objet du procès n'est

point le payement de la dette, ou la restitution du corps héréditaire, mais bien la qualité d'héritier sur laquelle il a été statué : *Nam, cum hereditatem peto,* dit Ulpien, *et corpora et actiones omnes, quæ in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.*

Il en serait autrement (Ulp., L. 9, pr., *ibid.*) si la pétition d'hérédité n'avait échoué que parce que le défendeur ne possédait point, et que je reproduisisse ma demande en invoquant le fait de la possession. Ma demande, n'ayant été repoussée que par une fin de non-recevoir temporaire, pourrait être renouvelée avec succès.

L'identité d'objet s'entend d'une manière plus restreinte, si nous nous plaçons au point de vue de la fonction négative de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire si nous recherchons ce qui a été déduit directement dans l'instance (n° 866); en ce sens, il est vrai de dire, avec l'article 1351, que *la chose demandée doit être la même.* Cette proposition cesse d'être vraie si on se place au point de vue plus large, qui avait fini par prévaloir à Rome (même n° 863), à celui de la fonction positive de l'autorité de la chose jugée. Bien que l'objet réclamé soit différent, pourvu qu'il se soit trouvé implicitement compris dans la même demande[1], c'est la même question qui est reproduite, *eadem quæstio versatur,* suivant la définition de Julien (L. 3, D., *ibid.*), et le procès ne peut alors être renouvelé, parce qu'il y a au fond identité de sujet du litige.

En nous plaçant au premier point de vue, à celui de l'identité matérielle de l'objet, il faut encore examiner si le *substratum* du procès est un objet envisagé individuellement, ou bien une quantité, ou bien un corps considéré dans

[1] Il n'y aurait point de décision, même implicite, si l'on avait statué sur l'application d'un titre, mais sans en reconnaître formellement la validité. (Rej., 10 décembre 1867.)

les rapports de l'ensemble avec les parties constitutives.

870. En ce qui touche l'objet envisagé dans son individualité, il faut remarquer, avec les jurisconsultes romains, que l'identité ne doit pas s'entendre trop littéralement. *Idem corpus, in hac exceptione*, dit Paul (L. 14, pr., D., *ibid.*), *non utique omni pristina qualitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.* Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un être moral, on n'exige pas l'identité absolue des éléments qui le composent. Les changements ou diminutions qui s'opèrent dans un troupeau, par exemple, n'en changent pas la substance, et ne permettent pas d'intenter une action nouvelle à celui qui a déjà succombé dans une demande en revendication. (Pomp., L. 21, § 1, D., *ibid.*)

871. Relativement aux quantités, il est évident qu'une quantité supérieure, due *ex eadem causa*, comprend la qualité inférieure. Si j'ai vainement demandé vingt en vertu d'un prêt, je ne puis demander dix au même titre. Que si j'ai demandé et obtenu dix, je conserve mon droit pour le reste. Seulement, à Rome, j'étais repoussé par l'exception *litis dividuæ*, si je voulais agir durant le cours de la même préture (Gaius, *Inst.*, comm. IV, § 55), et chez nous, je serais non recevable à prouver ma seconde demande par témoins, si elle n'était pas entièrement justifiée par écrit. (Cod. civ., art. 1346.)

872. Arrivons à l'hypothèse où le litige porte successivement sur un objet matériel et sur les divers éléments qui le constituent.

Ce que nous avons dit de l'autorité de la chose jugée relativement à l'étendue du droit (n° 868), doit s'appliquer également au *corpus* qui est l'objet du droit : *Nec interest*, dit Ulpien (L. 7, pr., D., *ibid.*), *in corpore hoc quæratur, in quantitate vel in jure.* De même qu'après avoir revendiqué

la propriété d'un fonds, je ne puis revendiquer sur ce même fonds l'usufruit causal; je ne puis, après avoir échoué sur la revendication du fonds entier, renouveler ma demande pour une part divise ou indivise. (Ulp., *loc. cit.*) En ce sens, le jurisconsulte romain a parfaitement raison de dire (*ibid.*) que la partie est contenue dans le tout : *Pars in toto est.* Les attaques dirigées par le regrettable Marcadé contre cette proposition, reproduite par les commentateurs, ne reposent, après tout, que sur une équivoque.

Pour continuer toujours le rapprochement du droit et de l'objet matériel, nous avons vu que je puis parfaitement (n° 863) revendiquer l'usufruit formel, après avoir échoué sur la propriété, parce que ce ne sont point là des quantités homogènes. Est-ce à dire que la maxime *Pars in toto est* puisse être plus douteuse que l'axiome *Deux et deux font quatre?* La vérité est que je ne réclame point le droit d'usufruit comme une partie intégrante du droit de propriété, et que je me trouve ainsi placé en dehors de l'application de la maxime. Même décision en ce qui concerne le tout comparé aux parties matérielles d'un objet. Il est possible que le jugement rendu quant à l'objet total laisse intacte la question de la propriété des parties. « Is qui insulam petit », dit Ulpien (même L. 7, § 2), « si cæmenta vel tigna vel « quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videatur « aliud petere. Etenim, cujus insula est, non utique et cæ- « menta sunt [1]. » En toute matière, ce qu'il faut examiner, c'est, comme le dit Pothier (*Pandect., De except. rei jud.*, § 5), si ce qui est demandé de nouveau, *tanquam pars ejus rei quæ petita fuerit, petatur.* Alors seulement on peut appli-

[1] Ajoutons toutefois que, dans l'hypothèse où les matériaux seront réclamés par une action postérieure, ils le seront presque toujours, en fait, en vertu d'une autre cause que celle qui motivait la revendication de l'édifice.

quer la maxime *Pars in toto est;* mais, de ce que plusieurs commentateurs modernes se sont quelquefois trompés quant à l'application de cette maxime, ce n'est pas un motif pour révoquer en doute une vérité aussi élémentaire.

Comme corollaire de la maxime *Pars in toto est*, les anciens commentateurs ont imaginé de dire à l'inverse : *Totum in parte non est.* Cette proposition, qui n'appartient point aux jurisconsultes romains, est loin d'être exacte, même dans les sciences physiques : car, lorsqu'un tout se compose de parties homogènes, ce qui est vrai de l'une des parties est vrai des autres, et par conséquent du tout. Telle est même, nous l'avons vu (n° 14), la base de l'induction, qui se fonde sur des observations concordantes pour s'élever de la connaissance des faits particuliers aux lois générales de la nature. En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, il faut distinguer trois hypothèses : 1° celle où le premier jugement a statué sur un droit partiel, distinct du droit général actuellement réclamé; 2° celle où il a statué sur une partie de l'objet de la demande actuelle, mais sans rien préjuger sur le tout; 3° celle où le premier jugement, en ne statuant dans ses termes que sur une partie de ce même objet, a virtuellement tranché la question pour la totalité.

Dans la première hypothèse, il n'y a point lieu de dire : *Totum in parte non est;* il s'agit de droits complétement distincts. De même qu'après avoir vainement revendiqué la propriété, je pouvais revendiquer l'usufruit formel, de même que je pouvais revendiquer les matériaux pris isolément, après avoir vainement revendiqué l'édifice considéré dans son ensemble; en supposant l'espèce inverse, je serai parfaitement recevable à présenter comme une demande nouvelle la revendication de la propriété, ou bien celle de l'édifice.

Dans la seconde hypothèse, il est vrai de dire que le

jugement relatif à une partie laisse intacte la réclamation du tout, en ce sens qu'il demeure permis de réclamer le tout, moins la partie comprise dans le premier procès. Ainsi, lorsqu'il a été jugé que je ne suis point propriétaire d'une pièce de terre faisant partie d'un domaine, je puis prétendre encore à la propriété du domaine, moins cette pièce de terre. C'est encore là une vérité mathématique, puisque le retranchement d'une quantité comprise dans une somme plus considérable laisse nécessairement intact tout ce qui excède cette quantité. Il faut supposer toutefois que les conclusions posées dans la première instance ont porté exclusivement sur la propriété de la pièce de terre, et non sur celle du domaine entier; autrement, nous retomberions dans l'hypothèse suivante.

La troisième hypothèse nous ramène à la fonction positive de l'autorité de la chose jugée. Il ne s'agit plus d'une *res in judicium deducta*, puisque nous supposons que le premier jugement n'a statué dans ses termes que sur une partie de l'objet. Si l'on se plaçait au point de vue primitif de l'exception de la chose jugée, le litige pourrait être renouvelé quant à la partie de l'objet non comprise dans les premières conclusions. Ainsi, il est évident qu'on n'a pas déduit *in judicium* une chose qui n'avait pas encore d'existence distincte, comme les fruits du fonds réclamé non encore recueillis à l'époque de la demande; il n'en est pas moins vrai que le juge, en statuant sur la propriété du fonds, a virtuellement statué sur celle des fruits. *Hæc enim nondum erant in rerum natura*, dit Ulpien (L. 1, § 3, *ibid.*), *sed ex re sunt quæ petita est; magisque est ut ista exceptio noceat.*

Il en sera de même, à plus forte raison, si la nouvelle réclamation porte sur un droit qui aurait déjà eu une existence effective lors du premier jugement, dont la décision en emporte forcément la négation. C'est ce qu'ont encore

reconnu les jurisconsultes romains, auxquels on prête mal à propos la maxime générale : *Totum in parte non est.* Voici l'espèce élégante que pose Africain (L. 26, D., *De except. rei judic.*) : « Egi tecum jus mihi esse ædes meas altius tol-« lere, post ago, jus mihi esse usque ad viginti pedes altius « tollere; exceptio rei judicatæ procul dubio obstabit. Sed « etsi rursus ita agam, jus mihi esse altius ad alios decem « pedes tollere, obstabit exceptio, quum aliter superior « pars jure haberi non possit, quam si inferior quoque jure « habeatur. »

Enfin, pour en revenir aux quantités, la décision relative à une certaine valeur peut préjuger la question relative à une autre valeur sur laquelle n'avaient point porté les premières conclusions. Ainsi, après avoir vainement réclamé dix mille francs en vertu d'un billet dont le chiffre était de vingt mille francs, je ne serai plus recevable à réclamer, en vertu de ce même billet, soit vingt mille francs, soit même les dix mille francs d'excédant. On me repoussera, en invoquant contre moi la fonction positive de l'autorité de la chose jugée[1]. En cesens encore, il sera permis de dire : *Totum in parte est.* (Voyez Rej., 20 décembre 1830.)

Les solutions que nous venons de donner supposent que la décision judiciaire a statué formellement sur le droit tout entier, à l'occasion de la demande partielle qui était soumise au juge. Il en serait autrement si l'on voulait faire résulter l'autorité de la chose jugée du simple silence gardé sur un point qui donnerait ultérieurement lieu à réclamation. Aussi la Cour régulatrice a-t-elle cassé, le 28 décembre 1859, un arrêt de la Cour de Colmar qui avait refusé l'allocation ultérieure des intérêts, par ce seul motif qu'ils avaient été omis dans le jugement statuant sur le capital.

[1] Lorsque Ulpien dit (L. 13, D., *De except. rei jud.*) : *quantitas eadem*, il se place au point de vue de la fonction négative de l'exception.

3° *Identité du titre de la demande.*

873. De même que je puis être repoussé par l'autorité de la chose jugée, lorsque je réclame un objet différent, si la base de ma prétention est identique dans les deux procès, ainsi que nous l'avons vu (n° 869) pour la pétition d'hérédité, je puis, à l'inverse, réclamer identiquement le même objet si je me présente en vertu d'un autre titre, si après avoir, par exemple, revendiqué un immeuble en vertu d'une vente, je le revendique en vertu d'un testament. C'est en ce sens qu'il doit y avoir *eadem causa petendi.* (Paul, L. 14, D., *De except. rei judic.*) Nous verrons qu'une fausse interprétation des expressions de Neratius (L. 27, *ibid.*), *causa proxima actionis*, a fait donner au mot *causa* un sens subtil, tout à fait inconnu des jurisconsultes romains, tandis que Neratius voulait simplement désigner le droit qui est la base de l'action, par exemple, le testament dans l'action *ex testamento, id ipsum de quo agitur*, par opposition aux moyens de preuve. Il y avait dans la législation romaine sur la cause, au point de vue de la chose jugée, une difficulté, mais d'une nature tout autre.

874. Il fallait distinguer, quant au titre invoqué par le défendeur, entre les actions réelles et les actions personnelles. Celui qui avait intenté une action réelle sans faire aucune restriction (*si paret hanc rem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*), s'il intentait ensuite la même demande à un autre titre, était repoussé, parce qu'il avait été jugé d'une manière absolue que la chose ne lui appartenait pas. On ne courait pas le même danger dans les actions personnelles. La même chose pouvant n'être due plusieurs fois par la même personne pour des causes différentes, le rejet de la prétention du demandeur, quand il s'agissait d'une créance, n'avait jamais qu'un effet relatif :

« Actiones in personam », dit Paul (L. 14, § 2, D., *De except. rei judic.*), « ab actionibus in rem in hoc differunt : « quod, quum eadem res ad eodem mihi debeatur, singulas « obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum « alterius petitione vitiatur. At quum in rem ago non expressa « causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una « petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam « semel res mea esse potest; sæpius autem deberi potest. » Nous laissons aux romanistes le soin de décider si *l'adjectio causæ* dont parle Paul devait se trouver dans l'*intentio* même, ou dans une *prescriptio* détachée, comme celles dont parle Gaius. (*Comm.*, IV, § 135 et suiv.)

La même difficulté ne peut guère s'élever aujourd'hui, puisque l'article 61 du Code de procédure exige que l'exploit d'ajournement contienne l'exposé sommaire des moyens, et que dès lors la nature de la cause alléguée se trouve toujours désignée dès le début de la procédure[1]. Mais, lors même que les moyens n'auraient pas été mentionnés dans l'origine, et que la nullité de l'exploit aurait été couverte, faute d'être proposée *in limine litis*, il suffirait que les moyens ressortissent du jugement comparé aux conclusions, pour qu'on pût apprécier après coup quelle était la prétention du demandeur. L'opinion qui voudrait le considérer comme déchu de tout droit à la propriété, à quelque titre que ce fût, parce qu'il se serait dit propriétaire sans énoncer dès l'abord le titre spécial qu'il devait faire valoir, serait rejetée aujourd'hui comme une pure subtilité.

Ce qui n'est pas douteux, dans la législation romaine aussi bien que dans la nôtre, c'est que, le juge ne pouvant jamais statuer que sur l'état de choses présent, il est toujours

[1] Voyez dans Savigny (append. XVI) la controverse sur le point de savoir si, suivant le droit commun allemand, l'action de la propriété exige, à peine de déchéance, l'énonciation, dans l'acte introductif d'instance, de l'origine de la propriété.

permis d'invoquer une cause d'acquisition survenue après coup : ce que les interprètes ont appelé *causa superveniens*. *Si forte*, dit Ulpien (L. 11, § 4, D., *De except. rei judic.*), *petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, non me repellet ista exceptio.*

875. Voyons maintenant ce qu'il faut entendre dans notre droit par *cause* de la demande.

Ce point ne donne lieu à aucune difficulté sérieuse lorsque les conclusions du demandeur portent directement sur un corps certain ou sur une quantité, et qu'il s'agit de savoir quelle est la base de sa réclamation, *causa petendi*. On distingue alors bien nettement la cause de la demande, la convention, le testament, etc., invoqués à l'appui des conclusions, et l'objet de la demande, qui consiste dans le corps ou dans la quantité que réclame le demandeur. C'est dans cette hypothèse que se place Pothier (*Oblig.*, n° 895), lorsqu'il traite de la cause.

A ce point de vue, qui est le plus simple, et le seul qui se présentât dans la procédure romaine, s'il n'y a point de difficulté sur la détermination de la cause, il y a lieu de résoudre, en ce qui touche la portée de la chose jugée, une question très-pratique. Le jugement qui affirme l'existence du droit du demandeur, notamment d'une créance, affirme-t-il implicitement, non-seulement l'existence légale du droit dans le principe, mais même l'absence de toute extinction ultérieure, par payement, par remise, ou par tout autre mode?

Dans la rigueur des principes, on pourrait être porté à décider, avec M. Griolet (pag. 108 et 172), qu'en se prétendant libéré d'une dette dont l'existence a été judiciairement constatée sans aucune réserve [1], le défendeur viole

[1] Point de difficulté si, comme dans une espèce jugée par la Cour de cassation le 24 frimaire an X, le défendeur n'avait été condamné qu'à

l'autorité de la chose jugée. Il est bien entendu que nous supposons le fait d'extinction allégué antérieur à la demande; autrement, nous tomberions dans l'hypothèse de la *cause superveniens* (n° 874), qui exclut toute autorité de la chose jugée. Lorsque l'extinction alléguée existait lors du premier procès, n'était-ce pas au défendeur à en faire la preuve? Cette solution rigoureuse était inévitable dans la procédure romaine, où la question posée de la manière la plus générale : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere*, comprenait forcément et l'existence légale de la dette, et l'absence de tout mode d'extinction consacré par le droit civil.

Mais, dans notre procédure française, ancienne et moderne, les conclusions ne sont point habituellement posées d'une manière aussi compréhensive. Le débat porte le plus souvent sur l'existence légale de la dette, et le défendeur condamné à la payer, s'il se prétend plus tard libéré, ne revient point sur un litige qui n'a pas été précisément soulevé. Aussi était-il admis autrefois à se prévaloir du payement sans avoir besoin de se pourvoir par requête civile contre le premier jugement. *Les condamnations au payement*, suivant un texte de Duparc-Poullain souvent cité, *s'entendent toujours par argent ou quittances*. Telle est également la jurisprudence moderne. La Cour de cassation (Rej., 12 juillet 1861) a admis la partie vis-à-vis de laquelle l'existence de la dette avait été judiciairement constatée, à faire preuve de la remise, « attendu que, dans l'instance terminée par « l'arrêt de 1850, le débat ne portait que sur l'existence et « la légitimité de la dette, et qu'aucunes conclusions n'étaient « prises alors concernant la remise. »

charge de restitution, s'il venait à fournir la preuve du payement : pratique fort usitée dans l'ancien droit, sous le nom d'*actions en lief comminatoire*.

Si, au contraire, le débat a porté sur l'extinction même de la dette, tant pis pour le défendeur s'il n'a pas été en état de prouver le payement ou la remise qui lui en aurait été faite. Il ne lui reste d'autre voie que la requête civile, si la quittance ou tout autre acte libératoire a été retenu par le fait de la partie adverse. (Cod. de proc., art. 480, 10°.) C'est ce qu'a également décidé la Cour de cassation (Rej., 29 juillet 1851) dans une espèce où les premiers juges avaient statué *tout à la fois sur la demande et sur l'exception de payement opposée par le défendeur*.

870. Arrivons maintenant au genre d'actions pour lequel Toullier (tom. X, nos 61 et suiv.) a imaginé une théorie subtile, qui a fait fortune dans la jurisprudence, et que nous avons enseignée nous-même, jusqu'à ce que nous ayons été édifié par la savante critique de M. Griolet[1]. C'est spécialement aux actions en nullité qu'a été appliquée, dans la pratique, cette théorie.

Ce qu'il y a d'étrange, c'est que Toullier se soit efforcé d'appuyer sur l'autorité des jurisconsultes romains une doctrine complétement étrangère à la procédure romaine. A Rome, les conclusions (*Si paret rem Auli Agerii esse; si paret Numerium Negidium Auio Agerio decem dare oportere*) portaient toujours directement sur l'objet que le demandeur avait finalement en vue, et non sur la nullité de tel ou tel acte, qu'il aurait fallu préalablement faire prononcer. Ainsi, celui qui attaquait un testament comme nul ou comme inofficieux, revendiquait directement l'hérédité *ab intestat* : ce qui permettait de distinguer bien nettement l'*objet* de la

[1] Marcadé nous a attaqué à cette occasion avec sa vivacité ordinaire, nous imputant comme faute personnelle des obscurités inhérentes à la doctrine dont il n'avait point reconnu le vice. S'il avait vécu assez pour connaître le travail de M. Griolet, il se serait convaincu que les incohérences signalées par lui tenaient à la théorie même de Toullier, qu'il eût fallu combattre.

demande, l'hérédité, et la *cause* de la demande, la nullité ou l'inofficiosité du testament.

Notre procédure ne suit point la même marche. Nous avons l'habitude de nous attaquer au testament, à la convention, etc., que nous nous proposons de faire annuler; les résultats auxquels vise finalement le demandeur, et qui sont après tout l'*objet* qu'il a en vue, ne se produisent que par voie de conséquence. Mais, si la nullité est considérée comme l'objet de la demande, quelle en sera donc la *cause?*

Toullier a cru trouver la solution de cette difficulté dans le texte de Neratius, que nous avons déjà signalé (n° 873), où il est question de la *causa proxima actionis.* (L. 27, D., *De except. rei judic.*) La cause de la demande serait ce qui détermine immédiatement les conclusions du demandeur, par opposition aux causes éloignées, appelées par les interprètes *causæ remotæ,* simples moyens, sur lesquels il n'est plus permis de revenir quand on ne les a pas fait valoir dans le premier débat. Mais cette notion de la *causa proxima* est étrangère à l'esprit de la procédure romaine, elle ne trouve aucun appui dans les nombreux textes des jurisconsultes sur l'exception de la chose jugée; enfin, comme nous l'avons déjà fait observer, elle interprète à faux le fragment de Neratius. En lisant avec attention ce texte, il est facile de se convaincre que Neratius n'oppose point la *causa actionis* à l'objet, *id ipsum de quo agitur,* mais qu'il entend tout simplement par *causa actionis* le droit même du demandeur, *id ipsum de quo agitur.* Ce qu'il oppose à la cause de l'action, ce sont les moyens de preuve sur laquelle l'action se fonde : *ratio qua quis eam causam actionis sibi competere existimasset.* De meilleurs romanistes que Toullier ont eu tort d'adopter de confiance une interprétation vraiment insoutenable, soit quant au sens littéral, soit quant à l'esprit de la législation romaine.

Chez nous, si on veut considérer la nullité de l'acte comme étant l'objet de la demande, la cause de la demande sera le vice quelconque qui engendre la nullité, l'incapacité, l'erreur, le dol, la violence, etc. On ne peut méconnaître, dit Dalloz, cité par M. Griolet, que ce ne soit le *sens simple et naturel de la loi*. Il faut avouer cependant que cette hypothèse n'avait été nullement prévue par Pothier, le guide habituel des auteurs du Code.

On sent qu'il était impossible d'admettre cette conséquence logique des prémisses posées par Toullier, sans anéantir complétement le respect dû à la chose jugée. Aussi Toullier, s'attachant toujours à la prétendue doctrine de Neratius sur la *causa proxima*, a-t-il émis cette opinion qu'il fallait grouper les moyens de nullité de manière à en former diverses catégories : vices du consentement, incapacité, nullités de forme, etc. Toutes les fois que le juge a statué sur un des moyens compris dans la catégorie, notamment sur une nullité de forme, la catégorie, celle des nullités de forme, dans l'espèce, se trouve épuisée ; mais il reste toujours au plaideur le droit de reprendre le débat, en puisant un moyen dans une autre catégorie, notamment, en invoquant un vice du consentement, l'erreur, la violence ou le dol. Marcadé qualifie ce qu'on appelle cause dans cette doctrine, le vice de forme ou le vice du consentement, de *base immédiate* de l'action, tandis que les éléments particuliers, tels que l'erreur ou le dol, n'en seraient qu'une *base médiate* : théorie ingénieuse sans doute, mais qui ne repose sur aucun fondement solide, soit dans les précédents, soit au point de vue rationnel.

La théorie de Toullier, n'ayant point été contredite jusque dans ces derniers temps, a été admise sans difficulté par la jurisprudence. (Voy., notamment, Rej., 2 janvier 1851, 15 décembre 1856 et 19 janvier 1864.) Toutefois, la for-

mation des groupes dans lesquels on classe les vices donnant ouverture à l'action en nullité, n'est pas sans donner lieu à quelque embarras dans la pratique. Ainsi, tandis que Marcadé voit un vice de forme dans l'incapacité d'un témoin instrumentaire, la Cour de cassation (1er juin 1814) fait rentrer cette incapacité dans une catégorie à part, ce qui permet de renouveler le litige. Cette décision de la Cour de cassation nous paraît fâcheuse au point de vue pratique; mais, dès qu'on prend pour base le système de Toullier, il n'y a aucun principe certain, comme il n'y a aucun texte, sur lequel on puisse s'appuyer pour la critiquer[1].

Ajoutons que cette théorie, en se basant uniquement sur la forme des conclusions, conduit à une singulière conséquence : elle fait varier la cause suivant le caractère des conclusions posées par la demande. Si l'héritier *ab intestat* demande directement la nullité du testament, la cause de sa demande sera l'incapacité du testateur, le vice de forme, etc. Si, suivant la marche de la procédure romaine, il réclame directement l'hérédité *ab intestat*, en ne présentant que comme une demande incidente l'action en nullité du testament, l'objet de sa demande sera l'hérédité *ab intestat*, la nullité du testament sera la cause, et les vices, même groupés en catégories, les vices de forme, l'incapacité, etc., dégénéreront en simples moyens : ce qui, après tout, est bien plus rationnel. Mais comment une théorie de droit pourrait-elle varier suivant une simple modification de la procédure? Une pareille conséquence ne révèle-t-elle point tout l'arbitraire du système?

Évidemment, pour être dans le vrai, il faut aller au fond

[1] La Cour de cassation, dans une de ses décisions les plus récentes (13 avril 1869), a même évité de se prononcer sur le point de savoir s'il est permis d'invoquer contre un testament une seconde nullité de forme, après avoir échoué dans une première demande, fondée également sur une nullité de forme : question que la Cour de Pau avait résolue négativement.

des choses, et considérer comme le véritable objet de la demande, non l'action en nullité, mais le but final auquel on prétend arriver au moyen de cette action. Si vous attaquez un testament, le but de vos conclusions, quelle qu'en soit la forme, c'est l'hérédité *ab intestat;* la cause de votre demande, c'est la nullité du testament, qu'il faut présenter, à peine de déchéance, sous toutes ses faces : vices de forme, incapacité, etc. Le système contraire, si l'on ne veut tomber dans l'arbitraire, conduit à voir autant de causes qu'il y a de vices possibles à alléguer : ce qui permettrait le renouvellement des procès à l'infini.

Seulement, pour être conséquent avec nous-même, nous déciderons avec M. Griolet, qui lui cependant aurait dû être amené à une autre conclusion par sa doctrine, où il met sur la même ligne la constitution même du droit et les causes d'extinction (pag. 469), que la nullité de l'acte *ab initio* n'a rien de commun avec la résolution ou la révocation amenée par des causes postérieures. C'est ainsi qu'on peut fort bien provoquer la résolution, pour inexécution des conditions, d'une convention dont la validité a été irrévocablement jugée (Rej., 22 juin 1814), ou bien demander la révocation, pour survenance d'enfants, d'une donation dont la régularité *ab initio* ne peut plus être contestée.

§2. IDENTITÉ DES PARTIES ET DES QUALITÉS.

SOMMAIRE. — 877. Principe général. Son application. — 878. Représenté. — 879. Successeurs à titre particulier. — 880. *Quid* relativement aux créanciers hypothécaires? — 881. Cas où le droit réel est constitué entre la demande et le jugement. — 882. Le vendeur n'est point tenu des décisions rendues contre l'acheteur. — 883. Chose jugée vis-à-vis du propriétaire apparent. — 884. Vis-à-vis du débiteur, quant aux créanciers chirographaires. — 885. Des cointéressés. — 886. De la caution. — 887. Des créanciers et des débiteurs solidaires. — 888. *Quid* au cas d'indivisibilité? — 889. Théorie du *contradicteur légitime;* dans les questions d'état.

877. Rien de plus raisonnable que le principe posé par Paul, dans ce texte devenu célèbre (L. 16, D., *Qui pot. in*

pign.) : « Res inter alios judicata aliis prodesse aut nocere « non solet. »

L'application de ce principe ne donne lieu à aucune difficulté, lorsqu'il s'agit d'une personne complétement étrangère à celle contre laquelle le jugement a été rendu. Et lors même que la personne physique qui plaide est la même, si la qualité a changé, comme si je réclame en mon propre nom ce que j'avais déjà réclamé vainement au nom de mon pupille, il est évident que je suis une partie nouvelle, et qu'on ne peut m'opposer ce qui a été jugé contre moi quand je n'agissais que comme représentant d'autrui. (Rej., 28 août 1849.) Il n'y aura question sérieuse que lorsqu'on prétendra que celui à qui on oppose le premier jugement, et qui n'y a pas figuré, s'y trouvait virtuellement partie, comme étant l'ayant cause de ceux qui ont succombé; ou, en sens inverse, lorsque celui qui invoque un jugement qui n'est pas rendu en sa faveur, se présentera comme l'ayant cause du demandeur qui a triomphé.

Mais il y a certains jugements qui ne sont point déclaratifs d'un droit préexistant, mais constitutifs d'un état nouveau, qui s'impose à tous les intéressés. Sans parler des actes, tels que l'adoption (n° 862), revêtus des formes judiciaires sans constituer un véritable jugement, il y a des jugements contentieux qui, pour l'avenir, sont obligatoires vis-à-vis des tiers. Ainsi, la séparation de corps, bien que prononcée vis-à-vis du mari seul, modifie l'état de la femme au regard de tous les intéressés. Pour la faillite, il y a lieu de faire une distinction. Bien que déclarée sur la demande de certains créanciers, elle constitue pour le débiteur un état dont tous sont autorisés à se prévaloir. (Rej., 28 avril 1846.) Mais, si un créancier a poursuivi inutilement la déclaration de faillite, la décision du juge, purement négative, est sans effet vis-à-vis de tout autre que le demandeur; on

rentre dans la règle ordinaire, et les autres créanciers conservent le droit de poursuivre la faillite du débiteur commun.

Ajoutons enfin que, suivant la jurisprudence[1], le jugement qui constate l'existence d'un droit réel vaut titre, en ce qu'il équivaut à un acte authentique (n° 508 *bis*), même vis-à-vis de ceux qui n'y ont point été parties, et qu'il fait dès lors foi à leur égard, sauf à eux à faire la preuve contraire, soit directement, soit par la voie de tierce opposition[2]. (N° 37 *ter*.)

878. Revenons à ce qui concerne les ayants cause.

Le représenté peut incontestablement invoquer les jugements qui ont été rendus contre son représentant, par exemple, contre un mandataire, que le mandat soit conventionnel ou bien légal, tel que celui d'un tuteur ou autre administrateur. Le représentant peut, à l'inverse, invoquer l'autorité des jugements rendus vis-à-vis du représenté, ainsi qu'on l'a jugé pour l'avoué, relativement à une action en dommages et intérêts formée contre son client pour un fait qui lui était commun. (Rej., 23 avril 1855.) C'est pour ce motif qu'on peut appliquer activement et passivement aux successeurs à titre universel les jugements qui ont été rendus contre leur auteur.

Le grevé doit-il être considéré comme l'ayant cause des

[1] L'arrêt du 17 mars 1873, que nous avons cité (p. 69, not. 1), rejette le pourvoi par des motifs particuliers, sans reproduire la doctrine générale de la Cour de cassation. Mais cette doctrine a été récemment consacrée, en ce qui touche la foi des actes (n° 508 *bis*), par deux arrêts de la Cour d'Aix (29 février et 13 mars 1872). On lira avec intérêt les critiques dirigées, soit au point de vue des actes, soit au point de vue des jugements, contre la jurisprudence dominante par notre honorable collègue M. Naquet. (De Villen., 1873, tom. II, p. 49.)

[2] En repoussant la théorie qui considère les jugements comme prouvant *prima facie* contre les tiers, M. Naquet accorde aux jugements rendus *inter alios* une autorité bien plus considérable, puisqu'il s'efforce de faire revivre la doctrine de Proudhon suivant laquelle la tierce opposition serait toujours obligatoire. (*Revue critique de législation*, nouv. sér., tom. II, n°s 6 et 7.)

appelés à la substitution, quant aux jugements qui peuvent être rendus vis-à-vis des tiers? Nul doute qu'il n'ait qualité pour rendre meilleure la condition des appelés, si le jugement est rendu en sa faveur; le grevé, qui se trouve investi du droit réel, est plus qu'un propriétaire sous condition résolutoire, vis-à-vis duquel on admet cette décision. (N° 882.) Que si le jugement est défavorable, il faudrait décider, dans la rigueur des principes, avec M. Griolet (p. 162), que le pouvoir d'administrer n'emporte point pour le grevé, ni pour le tuteur à la substitution, celui de représenter les appelés lorsqu'il s'agit de perdre leur droit au fond. Mais alors les procès deviendront interminables, puisque nul ne voudra s'engager dans une contestation où il lui est loisible de perdre, mais jamais de gagner utilement. Aussi l'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 49 et 50) avait-elle déclaré opposable aux appelés les jugements régulièrement rendus contre le grevé, sur les conclusions du ministère public. Cette décision présente une telle nécessité pratique, qu'il nous semble impossible de ne point l'admettre, malgré le silence du Code.

879. Quant aux successeurs à titre particulier, ils ne peuvent invoquer, et on ne peut invoquer contre eux que ce qui a été jugé avec leur auteur antérieurement à l'événement qui leur a transféré ses droits en tout ou en partie. (Rej., 11 mars 1834 et 26 mars 1838.) Il en est des décisions judiciaires comme des conventions, qui ne sauraient avoir d'effet à l'égard des tiers nantis d'un droit réel sur l'immeuble, que si elles sont antérieures à la constitution de ce droit réel.

880. Il y a au fond même raison de décider en ce qui touche les créanciers dont l'hypothèque [1] est antérieure au

[1] Voyez, sur cette question, la dissertation spéciale de M. Valette. (*Revue du droit français et étranger*, ann. 1844, p. 27.)

jugement qui a évincé leur débiteur. L'hypothèque, lors même que l'on ne consentirait point à y voir un démembrement de la propriété, est incontestablement un droit réel (C. civ., art. 2114), dont la conservation ne saurait dépendre du plus ou moins d'habileté et de zèle du débiteur dans la défense de ses intérêts. Invoquer, ainsi qu'on l'a fait trop souvent, la maxime *Resoluto jure donantis, resolvitur jus accipientis*, c'est faire évidemment une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si le débiteur était ou non propriétaire, avait ou non le droit de constituer une hypothèque. Telle était la doctrine des jurisconsultes romains. Ainsi, Papinien dit formellement (L. 29, § 1, D., *De except. rei judic.*) : « Creditor in locum victi succes- « sisse non videbitur, quum pignoris conventio sententiam « præcesserit. » Cette décision est reproduite par Pothier. (*Oblig.*, n° 205.) Mais on trouve, dans la pratique, que l'obligation de mettre en cause tous les créanciers hypothécaires du défendeur est extrêmement gênante. Bien plus, elle est souvent impossible à accomplir dans une législation où les droits hypothécaires ne sont pas tous soumis à la publicité. Sans aller aussi loin que Merlin (*Questions de droit*, v° TIERCE OPPOSITION, § 1), qui a qualifié d'*absurde* l'opinion contraire à celle qu'il a fait prévaloir dans la jurisprudence (voy. de nombreuses décisions de la Cour de cassation, depuis l'arrêt de cassation du 12 fructidor an IX jusqu'à celui du 13 décembre 1864), nous persistons à croire que l'utilité pratique est ici en opposition avec la rigueur des principes. (Voy. toutefois Rej., 26 août 1849.) Dira-t-on qu'il est également incommode de mettre en cause un grand nombre de petits propriétaires, lorsque l'immeuble objet du litige aura été morcelé? Mais c'est là un cas exceptionnel, tandis qu'une immense quantité d'immeubles se trouvent grevés d'hypothèques. Nous sommes porté à croire

qu'à Rome également on n'appliquait point dans toute sa rigueur la théorie qui accorde au créancier hypothécaire un droit parfaitement indépendant. Nous lisons en effet dans un rescrit de Caracalla (L. 5, Cod., *De pign. et hypoth.*) : « Præses provinciæ vir clarissimus jus pignoris tui exe-« quentem te audiet, nec tibi oberit sententia adversus « debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario « tuo, aut (ut dicis) non causa cognita, sed præscriptione « superatum esse constiterit. » Il résulte évidemment de ce texte qu'un jugement sérieux, rendu sur le fond du droit, eût été opposable au créancier hypothécaire.

Ce qui est incontestable, c'est qu'au cas de collusion, les créanciers hypothécaires, comme tous les autres créanciers (n° 884), peuvent former tierce opposition au jugement rendu contre leur débiteur. Enfin, on leur accorde sans difficulté le droit de faire valoir des moyens personnels que leur débiteur n'eût pu opposer (Rej., 20 juin 1854; Cass., 6 décembre 1859); alors la demande repose sur une cause nouvelle.

881. Nous avons supposé, soit quant aux tiers détenteurs, soit quant aux créanciers hypothécaires, l'acte constitutif d'un droit réel postérieur au jugement rendu vis-à-vis de celui qui a constitué ce droit. Suivant certains auteurs, il faudrait aller plus loin encore, et en vertu du vieil adage : *Judiciis quasi contrahimus*, appliqué, dans le sens du droit romain, à l'action intentée (*judicium*), considérer l'ayant cause comme lié par le jugement rendu vis-à-vis de son auteur, lorsque la constitution du droit réel a eu lieu entre la demande et le jugement. C'est là, suivant nous, abuser de la fiction par laquelle on fait remonter le jugement au jour de la demande. En droit romain, où la *litis contestatio* produisait un effet tout spécial, puisqu'elle emportait novation, on comprend qu'il y ait eu lieu de se

référer à cette époque, en considérant les plaideurs comme liés par un véritable contrat, dont les effets devaient se réaliser postérieurement. (Ulp., L. 11, § 9 et 10, D., *De except. rei judic.*) Et cependant nous avons vu Papinien s'attacher à l'époque du jugement, *quum pignoris conventio sententiam præcesserit.* Merlin (*Rép.*, v° QUESTION D'ÉTAT, § 3, art. 2, n° 3), après avoir rappelé la règle, puisée dans le droit romain, suivant laquelle, dès qu'une contestation était engagée entre deux parties, elle ne pouvait plus être jugée qu'entre elles, ajoute, en citant l'autorité des anciens arrêts : « Mais cette règle du droit romain est depuis « longtemps tombée en désuétude. » Il nous semble bien dangereux, en effet, d'attribuer la faculté de représenter le véritable intéressé à une personne qui souvent n'aurait plus d'intérêt dans l'affaire, n'étant point tenue à la garantie, par exemple, s'il s'agit d'une donation, ou ayant dissipé le prix de la cession, si elle a eu lieu à titre onéreux. Aucun texte de nos lois ne donne à la demande judiciaire l'effet d'un contrat qui soit de nature à lier les tiers. Il convient donc de considérer comme *res inter alios acta*, vis-à-vis du cessionnaire de l'objet en litige, ce qui a été jugé vis-à-vis du cédant postérieurement à la cession. (Rej., 26 mars 1838; Bordeaux, 19 août 1840.) Ajoutons toutefois, avec M. Thomine-Desmazures (*Commentaire sur le Code de procédure*, n° 526), qu'il en serait autrement si le cessionnaire, ayant eu connaissance du procès, avait eu le dessein de tâter, en quelque sorte, la justice, afin de se donner la chance de profiter du jugement, s'il était favorable, et de l'attaquer, s'il était contraire[1]. C'est alors le cas de dire avec Macer (L. 63, D., *De re judic.*) : *Scientibus sententia, quæ inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio*

[1] Mais le simple fait de la connaissance ne suffirait pas. (Cass., 19 août 1818.)

vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur.

882. Si l'acheteur est tenu des décisions rendues contre son vendeur antérieurement à la date de l'acte translatif, il n'est pas vrai, à l'inverse, que le vendeur soit tenu des décisions rendues contre l'acheteur, au cas, par exemple, où il obtiendrait ultérieurement la résolution de la vente pour défaut de payement du prix; car le jugement rendu contre le successeur n'est pas rendu contre l'auteur. « Julianus scribit (L. 9, § 2, *ibid.*) exceptionem rei *judicatæ* « a persona auctoris ad emptorem transire solere, retro « contra, ab emptore ad auctorem reverti non debere. » (Voy. Rej., 16 novembre 1836.) Et l'on ne peut pas dire que le vendeur, en reprenant l'immeuble, se soit rendu l'ayant cause de l'acheteur. Il est vrai que la condition résolutoire efface tous les droits qui ont pu naître du chef de ce dernier. (C. civ., art. 1183.) Mais cette résolution ne saurait profiter qu'à celui en faveur de qui elle a été établie. Le vendeur peut très-bien s'emparer des décisions favorables rendues vis-à-vis de l'acheteur, et, sous ce rapport, se considérer comme son ayant cause. C'est à la partie qui veut obtenir un succès solide, à faire mettre en cause le vendeur non payé. A plus forte raison faut-il reconnaître que le bailleur ne saurait être tenu des décisions judiciaires rendues contre le preneur, lequel, n'étant que détenteur, doit être mis hors d'instance en nommant celui pour qui il possède. (Cod. civ., art. 1727.) C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 23 août 1854, dans une espèce où le bailleur avait été mis en cause, mais n'avait pu être représenté, à raison d'un cas de force majeure.

883. Ce que nous venons de dire des décisions rendues vis-à-vis du propriétaire suppose que l'on se place en dehors de la doctrine de la jurisprudence, qui, préoccupée de l'utilité pratique plutôt que de la déduction rigoureuse

des principes, considère comme valables les actes d'aliénation consentis par un héritier apparent (voy. deux arrêts de cassation et un de rejet, en date du 16 janvier 1843; Rej., 25 novembre 1862; en sens contraire, Rennes, 12 août 1844) : ce qui conduit à valider les jugements rendus vis-à-vis de cet héritier. Si maintenant on assimile au prétendu héritier tout propriétaire apparent, on en viendra à décider, comme l'ont fait plusieurs arrêts (voy. notamment Rouen, 16 juillet 1834; Paris, 3 mars 1829 et 14 août 1840), que la chose jugée avec le propriétaire apparent peut être opposée au véritable propriétaire. En s'attachant à ce système, on pourrait, à plus forte raison, maintenir vis-à-vis du propriétaire sous condition suspensive la décision rendue contre le propriétaire sous condition résolutoire, puisqu'on admet que celui-là même qui n'a aucune espèce de droit peut plaider, pourvu qu'il ait des droits apparents.

Mais, tout en reconnaissant les vices de la législation existante, vices qu'on a voulu atténuer en faisant du propriétaire apparent un propriétaire incommutable vis-à-vis des tiers, nous ne voyons rien dans la loi qui justifie cette transformation du fait en droit. Il nous semble d'ailleurs que, les caractères légaux auxquels on peut reconnaître l'héritier ou le propriétaire apparent n'étant définis nulle part, les tiers détenteurs n'obtiennent pas, même sous l'empire de la jurisprudence actuelle, la sécurité qu'on veut leur assurer, puisqu'on ne valide pas indistinctement tous les actes faits par un possesseur quelconque, mais seulement ceux qui émanent d'un possesseur dont le titre est plus ou moins *coloré*. (Rouen, 16 juillet 1834; Paris, 14 août 1840; Colmar, 18 janvier 1850.) Ainsi la Cour de cassation a cassé, le 26 février 1867, un arrêt de la Cour de Besançon, qui avait considéré comme donataire universel apparent le porteur d'un acte dont l'expédition était régu-

lière, mais la minute entachée de nullité. Repoussant le principe, nous repoussons la conséquence, et nous ne pouvons accorder au possesseur le pouvoir de représenter le propriétaire, pas plus lorsqu'il plaide que lorsqu'il contracte[1]. Seulement, lorsque le propriétaire aura traité avec le possesseur, notamment lorsqu'il s'agira d'une condition résolutoire, il aura la faculté de se faire considérer comme son ayant cause, à l'effet de profiter des décisions rendues en sa faveur; tandis que, si aucun lien ne rattache le propriétaire à celui qui occupe le fonds, la chose jugée à l'égard de ce dernier sera complétement *res inter alios acta* à l'égard du propriétaire.

884. Ce qui est incontestable, c'est que les créanciers chirographaires, relativement aux jugements comme relativement aux conventions, sont tenus des faits de leur débiteur. Ils peuvent cependant former tierce opposition aux décisions qui auraient été rendues en fraude de leurs droits, en vertu du principe (C. civ., art. 1167) qui les autorise en général à faire tomber les actes frauduleux. Même au cas où il s'agirait d'un jugement constatant un privilége au profit de l'un d'eux, ce jugement, ainsi que l'a décidé un arrêt de rejet du 13 avril 1841, est valable vis-à-vis de tous, par cela seul qu'il a été régulièrement rendu vis-à-vis du débiteur, et il ne peut être attaqué qu'en cas de fraude par voie de tierce opposition. Cette même voie appartient au tiers détenteur pour les jugements frauduleux rendus contradictoirement avec son auteur antérieurement à l'acte translatif de propriété.

Mais le débiteur, sauf le cas où il se trouve légalement

[1] Il en serait autrement, s'il y avait eu une contre-lettre; c'est qu'alors la condition résolutoire, précisément parce qu'elle a été dissimulée à dessein, ne produit aucun effet à l'égard des tiers, qui ne doivent pas être induits en erreur par le fait de celui qui prétend aujourd'hui l'invoquer à leur préjudice. (Voy. nos 516 et suiv.)

représenté par les syndics de la faillite, n'est point tenu des décisions rendues vis-à-vis de ses créanciers, exerçant ses droits aux termes de l'article 1166 du Code civil. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, par un arrêt de rejet du 14 avril 1866. Merlin, sur les conclusions duquel a été rendu cet arrêt, fait observer avec raison que le débiteur n'est point l'ayant cause de ses créanciers, pas plus que le vendeur n'est l'ayant cause de l'acheteur. (N° 882.) Il appartient également ici à la partie adverse de faire mettre en cause le débiteur, pour éviter le renouvellement du procès.

885. Lorsque plusieurs personnes sont intéressées dans une même affaire, comme plusieurs copropriétaires ou plusieurs codébiteurs, ce qui est jugé à l'égard de l'un ne l'est pas à l'égard des autres; car ils ne sont pas ayants cause les uns des autres, il n'y a pas entre eux filiation, mais seulement juxtaposition d'intérêts. Aussi la chambre civile a-t-elle cassé, le 10 août 1858, un arrêt de la Cour d'Angers qui avait fait profiter des cohéritiers de l'annulation d'un testament prononcée au profit de leurs cohéri tiers.

886. Il en est autrement si l'un des intéressés s'est rendu responsable des faits de l'autre. Telle est la position de la caution relativement au débiteur principal. On reconnaissait, en effet, à Rome, que la chose jugée vis-à-vis du débiteur avait effet vis-à-vis de la caution. (Pomp., L. 21, § 4, D., *De except. rei jud.;* Marc., L. 5, pr., D., *De appell.*) Telle était aussi la doctrine de l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'attestent Pothier (*Oblig.*, n° 909) et le nouveau Denisart (v° Chose jugée, § 3). Suivant M. Griolet (p. 163), « Pothier n'a pu affirmer que le débiteur principal « doit être considéré comme le mandataire de la caution, « qu'en s'appuyant sur des textes romains relatifs au cas « *bien différent* du *fidéjusseur*. » Il importe d'éclaircir ce

point, puisque la doctrine de Pothier est la base de toute la théorie suivie par la jurisprudence sur les débiteurs consorts. Le fidéjusseur différait, en effet, de notre caution sous le rapport des poursuites judiciaires, le seul qui nous intéresse, en ce qu'avant la promulgation de la loi 28 au Code, *De fidejussoribus*, où Justinien a aboli cette subtilité de l'ancien droit, la *litis contestatio* vis-à-vis du débiteur principal opérait immédiatement la libération de la caution. Mais alors il est bien clair qu'il n'y avait point lieu d'agiter la question de l'autorité de la chose jugée. Ce n'est évidemment point dans cette hypothèse que se placent Pomponius et Marcien (*loc. cit.*), lorsqu'ils décident que la chose jugée vis-à-vis du débiteur principal a effet vis-à-vis de la caution; ils supposent le droit commun modifié par une convention, qui paraît avoir été fréquente dans la pratique. *Innumeris pleruque*, dit Justinien (mêm. L. 28), *ex pacto hujusmodi causæ consultum*. Or, depuis que Justinien a transformé cette convention en règle générale, où est la différence, au point de vue des rapports judiciaires, entre le fidéjusseur romain et la caution française? Il n'y a donc rien que de parfaitement exact dans la doctrine de Pothier.

Suivant la doctrine contraire, la caution peut bien invoquer les jugements rendus en faveur du débiteur principal, de même qu'elle profite de la remise qui lui est faite (C. civ., art. 1287) et du serment décisoire par lui prêté (art. 1365); mais, ayant personnellement le droit de contester la validité de son engagement, elle ne saurait être liée par la décision rendue vis-à-vis du débiteur, même quant au fond de la créance. On fait remarquer que la caution ne serait point liée par les aveux extrajudiciaires du débiteur, et que par conséquent elle n'est point son ayant cause, comme l'héritier est l'ayant cause du défunt. Il nous paraît plus raisonnable de considérer la caution comme ayant accédé à l'avance

aux jugements rendus vis-à-vis du débiteur sur le fait même de la dette, sans que le créancier soit obligé de renouveler la contestation avec chacun des débiteurs accessoires. Il faut donc reconnaître que les jugements rendus vis-à-vis du débiteur doivent non-seulement profiter, mais même nuire à la caution. (Cass., 27 novembre 1811.) Sans doute, nous ne voudrions pas aller aussi loin qu'un arrêt de rejet du 12 février 1840, qui permet d'invoquer contre la caution les déclarations extrajudiciaires du débiteur. Mais autre chose est le mandat de défendre en justice, autre chose est le mandat de faire des aveux [1], ainsi que le prouvent suffisamment les règles du Code de procédure sur le désaveu des officiers ministériels. (Art. 352.) Ce qui est incontestable, c'est que la caution peut toujours opposer les moyens qui lui sont personnels (voy. n° 880), comme la nullité du cautionnement, moyens que le débiteur principal ne pouvait opposer. (Même arr. du 27 novembre 1811; Grenoble, 18 janvier 1832.)

On doit reconnaître, à l'inverse, que les jugements rendus contre la caution ne peuvent nuire au débiteur principal, qui n'est nullement garant, vis-à-vis du créancier, de la conduite que peut tenir la caution. Seulement, puisque le serment déféré à la caution, lorsqu'il est déféré sur la dette, profite au débiteur principal (C. civ., art. 1365), il convient de lui permettre également d'invoquer les décisions favorables rendues, sur le fond de la dette, au profit du fidéjusseur. Celui-ci est le mandataire du principal obligé, non pour empirer sa condition, mais pour l'améliorer. Toutefois cette dernière décision ne doit

[1] Il faut remarquer d'ailleurs que chez nous, comme à Rome (Pothier, *Oblig.*, n° 709), la caution peut attaquer par toute voie légale de recours les jugements rendus contre le débiteur principal, tandis qu'elle ne pourrait faire tomber l'aveu extrajudiciaire qu'en établissant la collusion.

être admise qu'avec précaution, le litige entre le créancier et la caution pouvant être purement personnel.

887. Un créancier solidaire est également un mandataire, dont le mandat peut profiter à ses cocréanciers solidaires, mais ne saurait leur nuire. (*Ibid.*, art. 1198 et 1365.) Il faut donc distinguer, de la même manière, si le jugement a été rendu contre lui ou en sa faveur.

Quant aux débiteurs solidaires, on se demande jusqu'à quel point le jugement rendu à l'égard de l'un d'eux produit effet à l'égard des autres. Si le codébiteur actionné a été renvoyé de la demande pour un motif qui ne lui était pas purement personnel, on reconnaît volontiers que les autres codébiteurs peuvent se dire libérés, de même qu'ils profitent du serment déféré à leur codébiteur sur la dette, et non simplement sur le fait de la solidarité. (C. civ., art. 1365.) Mais il y a plus de difficulté quand le codébiteur solidaire a été condamné. Il n'est pas possible d'admettre d'une manière absolue que le jugement rendu contre lui ait effet contre les coïntéressés, puisqu'ils peuvent fort bien nier l'engagement solidaire, et qu'on ne saurait alors, sans tomber dans un cercle vicieux, leur opposer le jugement rendu contre leur prétendu codébiteur. Aussi est-on d'accord pour admettre (Rej., 29 novembre 1836) que le débiteur solidaire, comme la caution, peut toujours invoquer les moyens de défense personnels, tels que l'erreur ou la violence, qui affectent exclusivement son obligation. D'un autre côté, l'opinion qui isolerait complétement les codébiteurs les uns des autres, serait contraire, soit à l'esprit de la solidarité, qui tend à éviter au créancier la multiplicité des poursuites, soit surtout au principe qui les considère comme étant réciproquement cautions les uns des autres. Toutefois la question est vivement controversée, au cas où il s'agit de moyens communs à tous les codébiteurs. Pour

réserver à chacun la faculté de défendre la cause comme entière, on invoque le danger d'une collusion dont il serait difficile d'administrer la preuve. (Rej., 11 février 1824; Cass., 25 mars 1861 [1].) Mais alors il ne faudrait pas permettre d'invoquer contre la caution le jugement rendu vis-à-vis du débiteur : et c'est cependant ce que l'on a admis constamment dans notre ancien droit. Suivant M. Griolet (p. 165), les jugements relatifs au payement et à l'exécution devraient seuls être tenus pour communs à tous les codébiteurs [2], et il est difficile, en effet, de refuser autorité aux jugements de cette nature, en présence des articles 1206 et 1207 du Code, qui permettent de s'adresser à un seul, soit pour le capital de la dette, soit pour les intérêts. Mais les codébiteurs solidaires ne sont point de simples consorts pour les poursuites; le lien qui les unit est plus étroit, puisqu'ils répondent de la faute les uns des autres. (Art. 1205.) Sans doute, l'un des codébiteurs poursuivis peut nier la solidarité comme la prétendue caution peut nier le cautionnement; mais, le fait de la dette solidaire établi, nous pensons que l'esprit de la solidarité commande de considérer les débiteurs solidaires comme mandataires les uns des autres en ce qui touche les moyens communs à tous. « Les codébiteurs solidaires », dit Merlin (*Questions de droit*, v° CHOSE JUGÉE, § 18), « pour ou contre lesquels le

[1] C'est mal à propos que l'on invoque dans le même sens un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 janvier 1839. Bien que l'expression de *solidarité* se trouve dans les considérants de cet arrêt à côté de celle d'indivisibilité, il ne s'agissait dans l'espèce que d'indivisibilité, et nullement d'une véritable dette solidaire. En décidant dès lors que *l'indivisibilité de certaines obligations n'entraîne pas comme conséquence l'indivisibilité des procédures et des jugements*, la Cour de cassation a rendu une décision fort rationnelle en soi, mais qui ne préjuge rien en ce qui concerne les débiteurs vraiment solidaires.

[2] Ce système conduit à cette conséquence bizarre que le créancier pourrait saisir-arrêter vis-à-vis d'un des codébiteurs, mais non obtenir un jugement de validité.

« jugement a été rendu, ne forment moralement qu'un seul « et même individu avec les autres codébiteurs. » Cette doctrine a été consacrée dans l'ancien droit par un arrêt du conseil du 13 juillet 1709, et dans le droit moderne par des arrêts des Cours de Paris (20 mars 1809), de Bourges (18 mai 1859) et de Dijon (28 décembre 1871).

888. Que faut-il décider s'il s'agit d'un objet indivisible? Plusieurs lois romaines, et notamment le texte de Marcien qui forme la loi 19, au Digeste, *Si servitus vindicetur*, décident que l'effet de l'indivisibilité est de rendre commun à tous les ayants droit le jugement rendu contre un seul, sauf la preuve de la collusion. Pothier reproduit cette doctrine; mais il ajoute que, *suivant nos usages*, il n'est pas besoin d'alléguer la collusion pour attaquer le jugement. (*Oblig.*, n° 908.) Aujourd'hui, dans le silence du Code civil, on ne voit aucune raison pour étendre à l'indivisibilité ce que nous avons décidé pour la solidarité. Jamais on n'a considéré, par exemple, les codébiteurs d'une obligation indivisible comme cautions les uns des autres, ils ne répondent pas de leurs faits respectifs; ils sont rapprochés par leur position, et non par les liens d'une obligation commune. Il convient donc de laisser au copropriétaire ou au codébiteur d'une chose indivisible la faculté de repousser l'autorité d'une sentence qui lui est complétement étrangère. (Voy. l'arrêt du 15 janvier 1839, p. 489, not. 1.) Quant à la difficulté pratique, qui résulte de ce qu'en cas de décisions opposées on ne peut ordonner pour partie l'exercice d'un droit indivisible, elle peut exister dans toutes les opinions, puisqu'au cas de collusion, où la tierce opposition est évidemment recevable, le coïntéressé victime de cette collusion pourrait seul faire tomber le jugement, qui subsisterait au regard de son coïntéressé. En pareille hypothèse, il faut voir si le droit est de nature à pouvoir s'exercer sans nuire

aux autres parties. Ainsi, s'il s'agit d'un droit de passage sur un fonds indivis, la partie qui aura triomphé vis-à-vis d'un des copropriétaires seulement ne pourra point passer, si l'autre copropriétaire justifie qu'il a le droit de s'opposer à l'exercice de la servitude; c'est là une difficulté invincible qui tient à la nature des choses. Mais, après tout, cette partie a toujours l'avantage d'avoir diminué le nombre de ses adversaires. On arrivera à une solution plus satisfaisante s'il s'agit d'un droit qui, bien qu'indivisible, peut être exercé en totalité, sans nuire aux coïntéressés, par exemple, de l'obligation de construire une maison; en ce cas, la marche est indiquée par la loi : on exigera la totalité du codébiteur seul condamné, en lui payant une indemnité pécuniaire, correspondant à la part des codébiteurs qui ont triomphé. (C. civ., art. 1224.) Un arrêt de rejet du 19 décembre 1832 consacre la doctrine de Pothier, c'est-à-dire la faculté d'exécuter le jugement contre les copropriétaires ou codébiteurs, mais en leur réservant la tierce opposition.

Supposons maintenant le jugement rendu en faveur de l'un des copropriétaires d'une chose indivisible. N'a-t-il pas eu mandat de ces copropriétaires pour rendre leur position meilleure? C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, même au cas de simple indivision (Rej., 12 mars 1866), et cette décision paraît bien en harmonie avec l'article 709 du Code, aux termes duquel la jouissance d'une servitude par l'un des copropriétaires d'un fonds indivis empêche la prescription à l'égard des tiers. Il doit en être de même à plus forte raison, dans l'hypothèse de l'indivisibilité, qui est l'indivision par excellence. Il convient dès lors d'assimiler les copropriétaires d'un bien indivisible, ou même simplement indivis, aux fidéjusseurs (n° 886) et aux créanciers solidaires (n° 887), qui peuvent améliorer la position des coïntéressés, mais non la compromettre.

On a quelquefois soutenu que la qualité d'héritier est indivisible, pour expliquer la disposition de l'article 800 du Code civil, qui semble faire dépendre la qualité d'héritier vis-à-vis de tous les créanciers, du jugement obtenu par un seul [1]. Mais on reconnaît volontiers aujourd'hui que cet article, ainsi que cela résulte évidemment de la discussion, n'a voulu établir aucune règle spéciale, en ce qui touche les effets de la chose jugée. Telle est la doctrine de la jurisprudence. Quant à l'opinion ingénieuse qui voit dans ce jugement une limite au delà de laquelle l'acceptation bénéficiaire devient impossible [2], nous avons peine à l'admettre ; mais ce n'est pas ici le lieu de la discuter. (Voy. nos *Éléments de procédure civile*, n° 437.)

889. Signalons enfin, pour terminer cet exposé sommaire des principes sur la chose jugée en matière civile, une doctrine admise autrefois sans difficulté, et contestée aujourd'hui, celle du *contradicteur légitime*, en ce qui touche les questions d'état. Habituellement, ce qui est jugé avec le père n'est pas jugé avec les enfants. Ainsi, une personne à qui on dénierait la qualité de Français, et qui aurait fait juger, dans une première affaire, que cette qualité lui appartient, serait obligée de plaider de nouveau contre les fils de son premier adversaire, s'ils venaient à la lui contester dans un autre procès. L'intérêt de la stabilité de l'état des personnes a fait décider, au contraire, par les anciens auteurs, en matière de filiation, qu'il suffit de triompher vis-à-vis des parents du premier degré, réputés *contradicteurs légitimes*, pour que tous ceux des degrés subséquents

[1] Aux termes de l'article 964 de Code italien, l'habile à succéder est considéré comme curateur de droit de l'hérédité ; il peut être appelé en justice pour la représenter et répondre aux instances introduites contre l'hérédité.

[2] L'article 965 du même Code répute héritier simple le successible qui, étant nanti de l'hérédité, n'a pas achevé l'inventaire dans les délais fixés.

soient liés par la décision rendue avec les chefs de la famille. Julien dit, en effet, en supposant la question de paternité soumise à la justice, que celui qui est déclaré héritier sien vis-à-vis de son père, l'est vis-à-vis de tous : « Et fratribus « suis consanguineus erit. Placet enim », ajoute Ulpien, « ejus rei judicem jus facere. » (L. 2 et 3, D., *De agn. liber.*) On a prétendu, pour détruire l'autorité de ce texte, qu'il est relatif au désaveu du mari, désaveu évidemment borné à certaines personnes et enfermé dans certains délais. Mais la distinction du désaveu et de la contestation d'état est toute moderne ; les jurisconsultes romains avaient trop de sens pour ne pas être pénétrés des motifs d'utilité sociale qui ne permettent point de renouveler à chaque génération les questions d'état. Dans tous les cas, telle était la doctrine de nos anciens auteurs. *In causa status*, dit Vinnius (*Partit. jur.*, liv. 4, chap. 47), *sufficit pronunciatum esse, legitimo contradictore præsente, de re principali, ut valeat sententia inter omnes in iis quæ status secum affert et inde pendent.* On cite, dans le même sens, un arrêt du parlement de Paris du 4 février 1689.

Enseignée encore par beaucoup d'auteurs dans le droit moderne, cette doctrine a été vivement combattue, notamment par Merlin (*Répert.*, v° QUESTION D'ÉTAT, § III). Cet auteur judicieux ne va pas toutefois jusqu'à enseigner que chaque génération puisse remettre en question ce qui a été jugé avec la génération précédente, de manière à éterniser les procès sur l'état des personnes. Bien que défendue par M. Demolombe (*Filiation*, 2e éd., n° 321), une opinion aussi extrême nous paraît tellement contraire au bon sens pratique qu'elle n'aurait aucune chance de succès auprès des tribunaux [1]. Tout ce que l'on peut raisonnablement soutenir,

[1] Aussi l'avocat général Ricard, en soutenant devant la Cour de Montpellier, le 24 janvier 1822, la doctrine de l'arrêt de cassation du 9 mai

c'est que les enfants nés doivent être mis en cause, dans les procès qui s'agitent avec leur père sur des droits de famille. On invoque en ce sens l'article 100 du Code civil, aux termes duquel le jugement de rectification des actes de l'état civil ne peut être opposé, dans aucun temps, aux parties qui n'y ont pas été appelées. C'est aussi ce qui paraîtrait résulter des considérants d'un arrêt de cassation du 9 mai 1821, qui déclare « que les droits de famille sont « acquis aux enfants par le seul fait de la naissance en ma- « riage légitime ; que, respectivement à ces droits, leurs « auteurs ne peuvent ni les obliger par leur fait, ni les « représenter dans les instances où ces enfants n'ont pas été « personnellement appelés. »

Mais nous ne voyons rien d'assez formel dans l'article 100 pour faire supposer l'abandon, sans examen, sans discussion, d'une doctrine appuyée sur d'aussi graves motifs que l'ancienne théorie du contradicteur légitime. Si la jurisprudence a quelquefois fait *une sage et utile violence à la loi* (voy n° 91), pour y introduire des principes nouveaux, elle doit éprouver moins de scrupule là où il s'agit seulement de modifier une règle générale par un tempérament qui y a été apporté de temps immémorial.

En ce qui touche l'arrêt de 1821, lorsqu'on examine l'espèce dans laquelle a été rendu cet arrêt, on voit qu'il s'agissait de revenir sur une décision scandaleuse obtenue d'un tribunal de famille, en 1793, décision qui attribuait la légitimité à un enfant dont la bâtardise était manifeste et dont ce tribunal lui-même reconnaissait que les parents n'étaient point mariés. C'est donc là évidemment un arrêt

1821, a-t-il soin de déclarer qu'il n'entend réserver les droits que des enfants nés lors du procès, et que pour ceux qui viendraient à naître ultérieurement, il faudrait leur appliquer le principe posé en 1689 par le parlement de Paris. La concession est *périlleuse*, dit M. Demolombe ; mais elle est moralement nécessaire.

d'espèce, et il faut remarquer de plus que l'enfant légitime, qui n'avait pas été mis en cause, était donataire de tous les biens présents du *de cujus*, et que dès lors il avait un intérêt tout spécial dans le procès jugé hors de sa présence. Habituellement, au contraire, dans les questions d'état, la réclamation entraîne un scandale qu'il est dans l'esprit de notre législation d'étouffer promptement : de là les délais si brefs pour le désaveu, et remarquons qu'incontestablement, dans l'action en désaveu, le mari est seul contradicteur légitime. C'est à propos même de cette action en désaveu que, dans un arrêt du 6 juillet 1836, la Cour de cassation, en repoussant l'action des créanciers, semblait prendre à tâche de reproduire, du moins par ses considérants, la théorie qu'on prétend repoussée par nos lois modernes, lorsqu'elle déclarait « que de pareilles actions intentées, exercées et jugées « avec les *contradicteurs légitimes*, membres de la famille, « sans dol et sans fraude au préjudice des tiers, fixent l'état « de la même famille à l'égard de tous. »

Mais, plus récemment, la jurisprudence a eu à se prononcer sur la question d'une manière directe. Une réclamation d'état, après avoir été repoussée vis-à-vis du prétendu père par un jugement passé en force de chose jugée, a été reproduite contre le même individu et contre sa fille, à raison de l'ouverture des successions de la prétendue mère et du prétendu frère du réclamant. La Cour de Montpellier, pour repousser cette prétention, a posé carrément l'ancienne théorie, en déclarant, le 10 mai 1864, « que celui qui « réclame l'état d'enfant légitime, doit former sa demande « contre les deux époux dont il se prétend issu, ou leurs « représentants, parties principalement intéressées ; que la « décision rendue avec ses *contradicteurs naturels et légitimes*, « fixe irrévocablement, et envers tous, son état d'enfant « légitime, si sa demande est accueillie, sauf le cas de

« collusion et de fraude; que, par la même raison, elle « établit irrévocablement, et envers tous, qu'il n'est pas « enfant légitime du père et de la mère dont il se prétend « issu, si sa demande est rejetée. »

La Cour de cassation, saisie du pourvoi contre cet arrêt, a évité sciemment de se prononcer sur la théorie générale consacrée par la Cour de Montpellier; elle s'est bornée (Rej., 3 janvier 1866) à décider, en s'attachant à l'espèce où l'action en réclamation d'état, après avoir été rejetée, se trouvait ultérieurement reproduite *ex causa nova*, « que nul « ne peut être autorisé à décliner les conséquences néces- « saires de la situation qu'il a créée; que procéder contre le « mari seul en semblable matière, c'était d'avance accepter « pour soi comme définitive et absolue la décision à inter- « venir. » On a dès lors voulu concilier l'arrêt de 1866 avec celui de 1821, en s'attachant à la distinction proposée par notre savant collègue M. Rodière (*Solidarité et indivisibilité*, n° 401), entre le jugement qui admet la réclamation d'état, jugement suspect de collusion et susceptible d'être attaqué par tout intéressé, et le jugement qui repousse cette même réclamation, lequel, rendu vis-à-vis du contradicteur légitime, ferait loi à l'égard de tous.

Cette distinction nous paraît plus ingénieuse que fondée en logique. De deux choses l'une : ou bien il faut s'attacher aux articles 1351 et 100 du Code civil, et limiter l'autorité du jugement aux parties en cause; ou bien, il faut reconnaître, avec l'intérêt social et le bon sens, que le même procès ne peut être renouvelé de génération en génération.

Le premier système mène à cette conséquence étrange, signalée par M. Demolombe, que celui-là même qui s'est fait attribuer une filiation pourrait en réclamer une différente. L'état des personnes n'étant point susceptible d'abdication, si on applique rigoureusement l'article 1351, le réclamant

lui-même ne serait point contradicteur légitime quant à son propre état. La question s'est présentée dans la pratique; un jugement du tribunal civil du Gers, qui avait admis cette singulière doctrine, a été cassé le 5 prairial an VII : « Attendu « que l'état civil de Jean Carles a été irrévocablement fixé « par le jugement rendu sur sa propre réclamation, le « 6 août 1790, par le ci-devant sénéchal de Bigorre, qui l'a « déclaré fils naturel de Théodore Carles et de Victoire « Jubert, mariés. »

Il est bien entendu qu'il faut, dans notre manière de voir, que toutes les parties principales aient été mises en cause : ainsi, un enfant déclaré légitime vis-à-vis de sa mère, ne le serait point par cela même vis-à-vis de son père, et réciproquement[1]. (Rej., 28 juin 1821.) Quelque indivisible que soit l'état des personnes dans la nature des choses, il doit cependant être considéré comme divisible dans la pratique; et l'on peut être fils légitime d'une femme sans être légalement le fils de son mari. (N° 211.)

[1] Nous ne saurions admettre, sur ce point, la doctrine professée par la chambre des requêtes, dans l'arrêt du 3 janvier 1866, suivant laquelle, si le mari seul a été mis en cause par le réclamant, la demande ne peut être reproduite contre *la femme* ou les enfants de celui qui aurait été jugé n'être point le père. Il nous semble qu'il y a là une confusion d'idées entre le désaveu, qui, par la force des choses, n'intéresse que le mari, et la contestation d'état, dans laquelle le mari et la femme sont sur la même ligne.

DEUXIÈME DIVISION.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL [1].

SOMMAIRE. — 890. Règle *Non bis in idem.* — 891. Législations qui s'en écartent, directement ou indirectement. — 892. Autorité de cette règle. — 893. Quand elle est applicable. — 894. Division.

890. Le principe qu'il n'est plus permis de remettre en question un point souverainement jugé, est plus sacré encore en matière criminelle qu'en matière civile. Que deviendraient la liberté individuelle et la sécurité de chaque citoyen, si les accusations pouvaient se renouveler indéfiniment? Le système contraire est de nature à entraîner de trop graves perturbations pour n'être pas repoussé par la raison politique aussi bien que par l'équité. « Qui de crimine « publico » (Diocl., L. 9, Cod., *De accus.*) « in accusationem « deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non « potest. » Et notre ancienne jurisprudence a reproduit la même règle, connue dans la pratique sous le nom de *Non bis in idem*. Seulement, la requête civile était admise pour cause de dol de l'accusé [2], ou de fausseté des pièces produites, tandis qu'il n'existe plus aujourd'hui de requête civile en matière criminelle. Cette règle n'était établie, d'après le droit commun anglais, que pour les accusations emportant la peine capitale [3]. Les États-Unis avaient été un

[1] Voyez, sur tout ce qui concerne la chose jugée au criminel, les principes exposés dans le *Traité de l'action publique et de l'action civile* de M. Mangin. (Ch. IV. sect. 3.) Nous verrons néanmoins que le dernier état de la jurisprudence tend à corriger ce qu'il y avait de trop absolu dans la doctrine de M. Mangin relativement à l'influence du criminel sur le civil. En cette partie encore, de nouveaux développements ont été donnés par M. Griolet.

[2] Farinacius permettait même de revenir sur le procès, s'il y avait aveu ultérieur de l'accusé : *Posse adhuc absolutum ex sua confessione condemnari sine dubio crederem.* (Quest. 4, n° 43.)

[3] Suivant une observation judicieuse de M. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, tom. II, n° 810), on peut expliquer par le moins de confiance qu'inspire l'accusation privée le respect moindre de la chose jugée là où la procédure est accusatoire.

peu plus loin, en consacrant, comme principe constitutionnel, qu'on ne pouvait être exposé par une seconde accusation, pour la même offense, à perdre la vie ou un membre (*Const., Amend.*, art. 5) : *No person shall be subject, for the some offense, to be twice put in jeopardy of life or limb.*

Mais, ainsi que nous l'apprend Greenleaf (tom. III, § 35), la règle a été généralisée dans la pratique anglaise et américaine [1], qui, sous la dénomination de *plea of autrefois acquit*, ou bien, *of autrefois convict*, ne permet point de remettre en question ce qui a été décidé antérieurement par un acquittement ou par une condamnation.

891. C'était violer indirectement la règle *Non bis in idem* que d'admettre, avec l'ancienne jurisprudence et avec le droit allemand (n° 57), un plus amplement informé *usquequo*, ou bien une *absolutio ab instantia*, qui laissait indéfiniment l'accusé *in reatu*. Le verdict du jury écossais, consacré depuis deux siècles, *non prouvé* (*not proved*), n'a point des conséquences aussi graves, puisqu'il ne permet point une nouvelle accusation ; mais il a le notable inconvénient d'infliger, comme jadis la *mise hors de cour*, à celui qui est l'objet de cet acquittement imparfait, une sorte de flétrissure morale (voy. n° 56), qu'il ne lui est pas possible d'effacer. Et cet inconvénient est d'autant plus marqué que les trois quarts des verdicts rendus en faveur de l'accusé par le jury d'Écosse portent *non prouvé* au lieu de *non coupable*. Le système anglais et français est plus conforme au principe qui veut que l'accusation soit complétement purgée.

Le droit criminel autrichien, tel qu'il est encore consacré par le Code de 1853 (§ 362 et 368), ne craint point d'aller ouvertement à l'encontre de ce principe, puisqu'il autorise

[1] Toutefois, dans le Connecticut, jusqu'à la révision de 1818, la Cour, si elle n'était point satisfaite du verdict du jury, pouvait en provoquer un second et même un troisième. (Story, *On the Constitution*, § 89.)

une nouvelle accusation, soit après une condamnation à une peine inférieure, soit après un acquittement complet. Le Code de procédure pénale napolitain (art. 149 et suiv.) permettait de revenir pendant deux ans sur l'arrêt, lorsqu'il portait simplement : *Non costa.*

892. Chez nous, le respect de la chose jugée a une telle influence en matière criminelle, que ce n'est plus alors aux parties seules, comme en matière civile (voyez notamment Rej., 16 novembre 1864, 12 mars 1866 et 2 février 1867), à se prévaloir des jugements rendus en leur faveur, si elles les connaissent et si elles jugent à propos de les invoquer ; ce moyen péremptoire doit être suppléé d'office (Cass., 3 mai 1860) dans l'intérêt de l'accusé. Il en est de la chose jugée comme de la prescription, qui n'est pas abandonnée à la discrétion des parties en matière criminelle.

893. Quant à l'application de la maxime *Non bis in idem*, il faut distinguer deux degrés dans la juridiction criminelle. Si une ordonnance de non-lieu a été rendue par le juge d'instruction [1], ou un arrêt de non-lieu par la chambre des mises en accusation, le prévenu ne peut plus être traduit en justice à raison des mêmes faits, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges (C. d'inst., art. 246.) Il y a autorité de la chose jugée, mais seulement en ce qui touche les charges soumises à la chambre. Enfin, l'autorité de la chose jugée protége complétement l'accusé, s'il y a eu jugement définitif, c'est-à-dire non-seulement dans le cas d'acquittement, dont s'est occupé le Code d'instruction criminelle (art. 360), mais en cas d'absolution, ou même de condamnation, si l'on prétendait que la peine prononcée n'était pas suffisante.

[1] Il faut, en effet, assimiler aux arrêts de non-lieu les ordonnances de non-lieu rendues par le juge d'instruction, qui n'auraient pas été attaquées dans les délais, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation pour la chambre du conseil, notamment le 22 août 1847 et le 25 juillet 1849.

De plus, les arrêts de la chambre des mises en accusation ont un caractère définitif, en tant qu'ils tranchent des questions de droit, à l'égard desquelles la survenance de nouvelles charges est une circonstance indifférente. Ainsi, la décision de cette chambre, qui déclare n'y avoir lieu à renvoi, parce que le fait poursuivi n'est pas punissable aux termes des lois pénales, a une autorité aussi irréfragable que celle d'un arrêt d'absolution. La Cour de cassation a jugé, en conséquence (Cass., 9 mai 1812), que la découverte de charges nouvelles ne peut détruire l'autorité d'un arrêt de non-lieu, fondé sur ce que le bénéfice de la prescription est acquis au prévenu.

Il n'y a chose jugée au criminel qu'autant que la décision tranche ainsi la question irrévocablement, et non lorsque, motivée uniquement sur le manque de preuves, elle écarte certaines charges, sans purger l'accusation.

894. Les caractères que doit avoir la chose jugée sont les mêmes au fond qu'en matière civile. L'identité d'objet, de cause et de personne est également nécessaire pour rendre non recevables de nouvelles poursuites, sauf certaines modifications que peut subir, en matière criminelle, l'application des principes ordinaires.

§ 1. IDENTITÉ D'OBJET.

SOMMAIRE. — 895. Identité d'objet au criminel. Caractère des poursuites disciplinaires.

895. L'objet de l'action criminelle, c'est la peine qui est réclamée dans l'intérêt de la société. L'objet de l'action civile, souvent jointe à l'action publique devant les tribunaux de répression, c'est l'indemnité du préjudice causé aux particuliers par le délit. Nous verrons, en traitant des rapports de l'action publique et de l'action civile au point de vue de la chose jugée, que ces actions, bien qu'indépen-

dantes l'une de l'autre par leurs objets respectifs, ne sont point toujours sans influence l'une sur l'autre.

L'identité de l'objet quant à l'action criminelle ne saurait donner lieu à de sérieuses difficultés. Il est difficile de supposer qu'on vienne réclamer une seconde fois l'application d'une peine pour le même délit.

La jurisprudence n'a eu à statuer, à cet égard, que sur le caractère tout particulier des poursuites disciplinaires. Elle a reconnu que la répression disciplinaire, *n'étant qu'une* simple *emendatio domestica,* n'empêche point l'exercice de l'action publique, et réciproquement. Il est vrai, dès lors, qu'au fond la chose demandée n'est plus la même. Les principes sur ce point ont été posés par l'arrêt de cassation du 12 juillet 1834, aux termes duquel « l'action en discipline pouvant s'exercer pour des faits qui ne sont pas « qualifiés par le Code pénal, et étant d'ailleurs assujettie à « des formes spéciales, les punitions qui en sont la suite ne « sont point de véritables peines, et les décisions qui les « prononcent ne sont point de véritables jugements ; l'action en discipline, instituée pour maintenir, dans l'intérêt « public, cette sévérité de délicatesse, cette dignité de « caractère, cette intégrité de mœurs qui doivent toujours « distinguer la magistrature, est indépendante de la *vindicte*[1] « publique en matière criminelle, correctionnelle et de « police, comme celle-ci est indépendante de l'action en « discipline. » Bien que posée à l'occasion de la magistrature, cette règle s'applique à toute espèce d'infraction disciplinaire, et elle est suivie par toutes les juridictions de discipline. On se rappelle (n° 238) que l'action disciplinaire est également soumise à des règles spéciales pour l'administration de la preuve testimoniale.

[1] Expression peu heureuse pour désigner l'action répressive.

§ 2. IDENTITÉ DE CAUSE.

SOMMAIRE. — 896. Cause en matière criminelle. Distinction de la pluralité des faits et du même fait envisagé sous diverses faces. — 897. Délits distincts, délits connexes, délits collectifs. *Quid* si la poursuite a lieu dans des circonstances identiques? Brevets d'invention. — 898. Poursuites successives dirigées *à raison du même fait*. Droit romain et droit intermédiaire. — 899. Controverse sur le texte du Code d'instruction. — 900. Point de difficulté au cas d'absolution.

896. De même que la cause, en matière civile, est l'acte juridique qui sert de base à l'action, par exemple, la donation ou le testament qu'invoque le demandeur; la cause, en matière pénale (et nous devons rectifier, à cet égard, les idées peu exactes émises dans nos précédentes éditions), est le fait délictueux qui autorise le ministère public à provoquer l'application de la peine. Les difficultés spéciales qu'a soulevées, sur la cause devant la juridiction civile, la marche de certaines actions, notamment des actions en nullité (n° 876), ne sont point de nature à se présenter devant la juridiction criminelle, où les conclusions du ministère public tendent toujours directement à l'objet de l'action criminelle, c'est-à-dire à la pénalité.

La question de l'identité de cause peut se présenter, soit dans l'hypothèse de plusieurs faits délictueux, successivement poursuivis, soit dans l'hypothèse, plus délicate, d'un seul fait envisagé sous différentes faces.

897. Lorsque les délits sont distincts bien qu'ils se rattachent par une certaine corrélation, on ne peut opposer à l'accusation la maxime *Non bis in idem*. C'est ainsi que celui qui est acquitté de l'accusation de meurtre suivi de vol, peut être poursuivi de nouveau pour le fait postérieur et distinct de recel des effets provenant du vol. (Cass., 5 février 1829.)

La circonstance même que les deux délits n'étaient, pour ainsi dire, que la répétition l'un de l'autre, n'aurait pas pour effet de les confondre. Aussi a-t-on validé (Rej., 31 juillet 1823) les poursuites pour faux témoignage contre

un individu qui avait déjà subi une condamnation pour dénonciation calomnieuse, dans une espèce où l'imputation mensongère avait été d'abord communiquée à un maire, puis réitérée en face de la justice.

Toutefois il ne faudrait pas prendre pour des faits distincts tous les éléments particuliers d'un même délit. Celui qui aura commis plusieurs vols dans une même maison pourra bien être poursuivi autant de fois qu'il aura volé de personnes différentes ; mais il ne pourra l'être plus d'une fois à raison des vols qu'il aurait commis en même temps au préjudice d'une seule personne.

Les délits peuvent être connexes, c'est-à-dire que les uns peuvent avoir été commis (C. d'inst., art. 227) pour procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, pour en assurer l'impunité. Il faut examiner alors s'il y a une indivisibilité réelle entre le fait jugé et le fait poursuivi. Cette indivisibilité existe, lorsque la culpabilité de l'un des faits tient nécessairement à l'existence de l'autre. Ainsi, quand une personne, accusée d'avoir fait un faux pour parvenir à commettre des concussions, a été reconnue non coupable de faux, comme ayant agi sans dessein de nuire, elle ne peut être ultérieurement inquiétée, quant aux prétendues concussions dont le faux devait être le moyen, puisque l'intention criminelle a été irrévocablement écartée par le jury. (Cass., 23 frimaire an XIII.) Mais les faits, bien que connexes, peuvent être parfaitement divisibles, et dès lors ils sont imputables isolément à l'accusé. Par exemple, la décision négative sur la question de viol n'empêchera pas les poursuites pour excès et mauvais traitements qui auraient été simultanément exercés sur la personne de la femme outragée. (Arr. de la Cour de cass. du 30 mai 1812.)

S'il s'agit d'un délit collectif ou d'habitude, comme l'ha-

bitude d'excitation à la débauche, les faits antérieurs à la sentence, quelque nombreux qu'ils soient, ne constituent qu'un seul délit ; et l'on ne pourrait rechercher ceux qui viendraient à être découverts plus tard sans violer l'autorité de la chose jugée, puisqu'ils ont été virtuellement compris dans les premières poursuites. Mais les poursuites pourraient être reprises s'il avait été commis depuis la sentence des faits nouveaux, assez considérables et assez nombreux pour constituer une nouvelle habitude. C'est ainsi qu'en matière civile la demande en séparation de corps, après avoir été repoussée, ne peut être reproduite que si elle est motivée sur des sévices ou injures postérieurs au premier jugement.

Au délit collectif se rattache de fort près la perpétration du même fait dans des circonstances identiques.

Ainsi que nous l'avons vu (n° 860), c'est une règle générale, au civil aussi bien qu'au criminel, que l'autorité morale ou doctrinale d'une décision judiciaire n'a rien de commun avec l'autorité de la chose jugée. Pour qu'il y ait *res judicata*, il faut que la même question ait été résolue en fait, et non pas seulement en droit.

Il faut donc reconnaître qu'une exploitation peut être poursuivie comme insalubre pour des faits identiques, mais postérieurs à un premier jugement qui l'a déclarée non punissable. (Cass., 17 décembre 1864.) On a critiqué avec raison, comme contraire à ce principe, une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Rej., 18 avril 1839) qui a considéré comme faisant obstacle à des poursuites pour exercice illégal de la médecine un premier jugement de renvoi pour des faits antérieurs, fondé sur une autorisation du ministre de l'instruction publique, qui n'avait pas été révoquée. La même question a été agitée dans une espèce qui a eu plus de retentissement, à raison de son importance pratique. Aux termes de l'article 46 de la loi du 5 juillet 1844,

le tribunal correctionnel, saisi d'une action pour délit de contrefaçon, statue sur les exceptions tirées de la nullité ou de la déchéance du brevet. Une pareille décision a-t-elle une autorité absolue? Lorsque le législateur a voulu autoriser la juridiction civile à prononcer la nullité absolue du brevet, il a eu soin de s'en expliquer par une disposition formelle. (Même loi, art. 87.) Autrement, on se trouve placé sous l'autorité du principe général, suivant lequel la décision du juge, notamment lorsqu'il statue incidemment en matière pénale (n° 233), ne peut être invoquée au delà de l'espèce sur laquelle il statue. Il est vrai que la chambre criminelle (17 avril 1857) avait d'abord interprété dans un sens plus large l'article 46 de la loi de 1844, en voyant dans l'exception un moyen de droit sur lequel le juge ne pouvait être appelé à prononcer une seconde fois. Mais cette doctrine, repoussée par la chambre civile (Cass., 25 avril 1857 et 11 février 1859), a fini par être abandonnée par la chambre criminelle, qui a reconnu récemment (Rej., 22 janvier 1870) « que la décision que le juge correctionnel rend sur ces ex-« ceptions ne s'étend pas au delà du fait incriminé ; qu'en « cette matière comme en toute autre, le tribunal correc-« tionnel n'est juge de l'exception que dans la mesure et « dans les limites de l'action. »

898. Arrivons à l'hypothèse où des poursuites seraient dirigées à raison du même fait, envisagé sous différentes faces. Ainsi, pour prendre l'exemple le plus frappant, l'accusé acquitté pour meurtre peut-il être poursuivi correctionnellement pour homicide par imprudence ?

En l'absence de tout texte, et si l'on ne raisonne que d'après les principes généraux, la cause de la demande ne consiste point dans les faits matériels sur lesquels statue le juge, mais dans ces faits envisagés au point de vue juridique. On n'a jamais contesté, en droit civil, que le même

acte qu'on a essayé vainement de faire valoircomme testament, ne puisse être déclaré valable comme donation, sans qu'il y ait là aucune violation de l'autorité de la chose jugée.

A Rome, ce principe était admis incontestablement, même au criminel. « Si tamen », dit Dioclétien (L. 9, Cod., *De accus.*), « ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de « uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero « non prohibetur ab alio deferri. » Nos anciens criminalistes ont constamment professé la même doctrine. Mais la législation intermédiaire introduisit un système tout nouveau. Ce qui était soumis au jury, d'après la loi du 29 septembre 1791, et d'après le Code du 3 brumaire an IV, ce n'était pas seulement tel délit, par exemple, tel meurtre, tel vol; c'était le fait même, dont la matérialité et la moralité devaient être spécialement appréciées par le jury. Dès lors, l'accusé acquitté pour meurtre ne pouvait plus être poursuivi pour homicide par imprudence, puisque l'accusation d'homicide et celle de meurtre se rattachent toutes deux à un même fait, qui avait été généralement apprécié sous toutes ses faces, et déclaré non punissable[1]. C'est en ce sens qu'on interprétait constamment alors les dispositions légales qui ne permettaient pas de reprendre ou d'accuser le même individu *à raison du même fait*. (Loi de 1791, part. II, tit. VIII, art. 3; C. de brumaire, art. 426.)

899. Or, les mêmes expressions se retrouvent dans l'article 603 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être « reprise ni accusée, *à raison du même fait.* » D'après la maxime *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur*

[1] Il paraît même résulter de la combinaison des articles 373, 374 et 380 du Code de brumaire, que la question subsidiaire, résultant des débats, devait être posée *à peine de nullité*. Mais, au cas d'acquittement, la cassation, alors comme aujourd'hui, ne pouvait être prononcée que dans l'intérêt de la loi.

(Paul, L. 26, D., *De legib.*), plusieurs auteurs et plusieurs Cours d'appel ont soutenu que ces expressions doivent s'interpréter de même aujourd'hui, s'attachant à cette idée qu'en matière criminelle on doit faire prévaloir la solution la plus favorable à l'accusé. Mais la Cour régulatrice s'est depuis longtemps prononcée pour l'opinion contraire, et un arrêt de cassation, rendu en ce sens, sections réunies, le 25 novembre 1841, a fixé irrévocablement sa jurisprudence. Si la législation nouvelle doit s'éclairer par celle qui l'a précédée, cela n'est vrai qu'autant qu'il n'y a pas entre elles opposition de principes, *nisi contrariæ sint* (Paul, L. 28, *ibid.*), et cette opposition existe réellement dans l'espèce. Le Code d'instruction criminelle (art. 337) a substitué aux opérations multiples et compliquées du système antérieur la position de cette simple question : « L'accusé est-il coupable d'avoir « commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes « les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'ac- « cusation[1] ? » Le jury ne prononce donc plus sur le fait, mais sur le délit. Pour que son appréciation s'étende plus loin, il faut qu'on lui ait posé des questions subsidiaires. Il n'est donc plus vrai aujourd'hui que toute accusation relative au fait matériel soumis au jury se trouve purgée par son verdict. Ainsi, lorsqu'il a résolu négativement la question d'infanticide, on ne saurait admettre qu'il ait résolu implicitement celle d'homicide par imprudence, qui ne lui était pas soumise, et qui a pu ne pas même se présenter à sa pensée. Le *même fait* doit donc s'entendre dans la loi actuelle du *même délit*. L'opinion contraire, rationnelle dans un système d'instruction où l'examen du jury devait porter

[1] Tel était le texte du Code d'instruction de 1808, et même de ce Code revisé en 1832. Mais aujourd'hui, aux termes de l'article 1er de la loi du 13 mai 1836, les questions relatives aux circonstances aggravantes doivent toujours être posées séparément. La question principale n'en a pas moins conservé le caractère complexe signalé par la Cour de cassation.

sur le fait envisagé sous toutes ses faces, amènerait aujourd'hui ce singulier résultat qu'un délit correctionnel qui n'aurait été ni discuté ni jugé, se trouverait impuni, parce que l'auteur de ce délit aurait été mal à propos accusé d'un crime. Il est vrai que le président de la Cour d'assises peut toujours poser subsidiairement la question de savoir s'il a été commis un simple délit; mais on sent combien ce serait énerver la répression que de faciliter ainsi les voies à l'indulgence du jury, en posant des questions subsidiaires, auxquelles il s'arrêterait souvent pour prendre un moyen terme entre l'acquittement et la condamnation complète. Dans l'opinion des auteurs qui combattent la jurisprudence, il faut aller jusqu'à soutenir que c'est une obligation pour le président de poser les questions subsidiaires. Mangin tombe dans l'excès contraire, en soutenant que le Code actuel n'admet d'autres questions que celles par lui indiquées. La vérité est qu'il y a là pour le président une simple faculté, et ce serait vraiment donner une trop grande latitude aux pouvoirs de ce magistrat que de déclarer l'action correctionnelle éteinte par suite de l'omission d'une mesure facultative, à laquelle la loi ne fait pas même allusion.

On pourrait croire que le ministère public a un moyen facile de trancher la question, en faisant des réserves à fin de poursuites, avant la clôture des débats. (C. d'inst., art. 361.) Mais ces réserves ont simplement pour but, d'après le texte et l'esprit de la loi, d'empêcher la mise en liberté du prévenu acquitté; elles se réfèrent d'ailleurs aux faits révélés par les débats, faits tout à fait indépendants de ceux sur lesquels le jury va prononcer. Après tout, la valeur légale du verdict doit dépendre de règles fixes, et non de la circonstance que le procureur général aura pris telles ou telles conclusions.

L'objection la plus grave contre le système qui a prévalu

dans la pratique, c'est qu'il semble conduire à cette conséquence, admise dans la législation anglaise, qu'une personne pourra être soumise à des poursuites *criminelles* pour le même fait à raison duquel elle aura été acquittée. Outre ce qu'il y aurait d'exorbitant à faire figurer plusieurs fois la même personne pour un même fait sur les bancs de la Cour d'assises, il y aurait à ce procédé un obstacle de droit insurmontable; ce serait la nécessité d'obtenir un nouvel arrêt de la chambre d'accusation, arrêt qui serait impossible dans notre système de procédure criminelle, puisque l'article 246 du Code d'instruction suppose que la chambre ne peut être ressaisie du même fait[1] qu'autant qu'il survient de nouvelles charges.

Nous reconnaissons, en effet, que la pensée de notre législateur a été de faire formuler d'une manière définitive l'accusation criminelle par la chambre de la Cour d'appel dûment saisie. Toutes les questions de droit qui se rattachent au fait incriminé doivent être résolues avant l'ouverture des assises, qui se trouvent forcément saisies de l'accusation, telle qu'elle a été qualifiée, si le ministère public ou l'accusé n'ont point fait modifier cette qualification par la Cour régulatrice. L'accusation se trouve dès lors purgée par le résultat des débats; il n'est plus possible de la remanier après coup.

Tout autre est le caractère de la position des questions subsidiaires. La Cour d'assises n'était point saisie directement du délit, dont la connaissance appartenait, en principe, à la juridiction correctionnelle; c'est seulement *ex accidenti* qu'elle était appelée à en connaître. Il ne s'agit plus de la

[1] Le *même fait* se prend ici dans le sens littéral, parce que la chambre d'accusation n'est point appelée à prononcer sur une question déterminée, mais doit se saisir, même d'office (Inst. crim., art. 231), de la connaissance de tous les points qui se rattachent à l'accusation qui lui est soumise.

mission nécessaire de la Cour d'assises, mission qui lui est imposée par l'arrêt de mise en accusation, mais bien d'une sorte d'emprunt, tout facultatif, fait à la juridiction correctionnelle, dans un but de simplification et de célérité. On peut donc, sans se contredire, reconnaître à la chambre d'accusation le droit de formuler définitivement, en se livrant à toutes les investigations nécessaires, l'accusation criminelle, et refuser au président de la Cour d'assises le pouvoir d'exercer ou de supprimer à son gré l'exercice subsidiaire de la juridiction correctionnelle.

Ce n'est pas que nous regardions ce système comme bien satisfaisant. Le mieux serait peut-être d'abandonner ce mode de questions complexes, dont nous allons encore signaler les inconvénients en traitant des rapports du criminel et du civil[1]. En voulant simplifier la mission du jury, on a amené de fâcheuses complications.

En matière correctionnelle, il faudra étudier les motifs du jugement, pour reconnaître s'il a statué sur un seul délit, ou sur le fait dans son ensemble, et pour en déterminer en conséquence la portée. (N° 863.)

900. Dans le cas d'absolution, qui donne lieu également à l'application de la maxime *Non bis in idem*, bien qu'il ne soit pas compris dans la lettre du Code d'instruction (voy. art. 360), il faut décider, au contraire, que le fait se trouve à l'abri de toute accusation à l'avenir, sous toutes ses faces. L'absolution déclare, en général, que le fait dont l'existence a été reconnue par le jury n'est pas défendu par une loi pénale. (*Ibid.*, art. 364.) Toute poursuite devient donc impossible à raison de ce fait.

[1] Une proposition a été faite en ce sens par M. Parent à l'Assemblée nationale.

§ 3. IDENTITÉ DE PERSONNE.

SOMMAIRE. — 901. Faculté de poursuivre diverses personnes pour le même fait. — 902. La condamnation de l'auteur principal ne préjuge point la complicité. — 903. Quand l'acquittement du prétendu auteur principal met obstacle aux poursuites pour complicité. — 904. Identité de personne, au point de vue actif. Transition à la division suivante.

901. On ne peut douter que le même meurtre, le même vol, ne soit susceptible de donner lieu à des poursuites successives contre diverses personnes soupçonnées de l'avoir commis, sans que la condamnation de l'une puisse mettre obstacle aux poursuites contre l'autre. Il n'est arrivé que trop souvent jadis qu'on ait poursuivi le véritable meurtrier, après que le faux meurtrier avait été non-seulement condamné, mais même exécuté; et, si cette triste conséquence des erreurs judiciaires se réalise difficilement aujourd'hui, cela tient à ce que l'application de la peine capitale est fréquemment évitée par la déclaration des circonstances atténuantes. Mais, en principe, une première condamnation ne met nullement obstacle à une seconde, bien qu'elles soient moralement inconciliables, sauf à se pourvoir ensuite contre toutes deux par la voie de la révision. (Cod. d'inst. crim., art. 443 et suiv.)

902. Mais le principe *Res inter alios judicata aliis nec prodesse nec nocere solet*, ne s'applique pas toujours avec la même rigueur, lorsqu'il s'agit de codélinquants ou de complices.

Il est hors de doute que la condamnation de l'auteur principal ne saurait préjuger la question de culpabilité à l'égard des auteurs secondaires. Lors même que le corps du délit serait constaté de la manière la plus formelle, ainsi que cela peut avoir lieu dans les jugements correctionnels, il serait toujours nécessaire de vérifier de nouveau, vis-à-vis de chacun des codélinquants ou complices, l'existence de tous les éléments, matériels ou moraux, qui constituent ou qui aggravent le délit. Il est de principe, en droit pénal, que les

juges ou les jurés ne peuvent asseoir une condamnation que sur des documents personnellement appréciés par eux dans l'instance actuelle. (Voy. Cass., 29 brumaire an IX.)

Si l'on a jugé (Besançon, 14 janvier 1859) que les condamnations civiles portées contre l'auteur principal ont force de chose jugée vis-à-vis des personnes civilement responsables, c'est qu'on se trouve alors placé sous l'empire des principes du droit civil, qui, du moins suivant l'opinion dominante dans la pratique (n° 886), veulent que la caution soit liée par la chose jugée vis-à-vis du débiteur principal.

903. Est-il vrai également, en sens inverse, que la déclaration, portée dans un premier jugement, qui nie complétement le délit vis-à-vis d'un délinquant, ne pourra point profiter aux codélinquants et aux complices, comme elle leur profiterait incontestablement, si elle était intervenue dans un seul et même procès? Bien que peu suspects de tendances trop indulgentes vis-à-vis des accusés, nos anciens criminalistes n'avaient pas craint de s'écarter, dans cette hypothèse, de la rigueur des principes sur l'autorité relative de la chose jugée.

« Quoiqu'une chose passée entre certaines personnes », dit Jousse (*Inst. crim.*, tom. III, p. 21), « ne puisse, en « général, profiter à d'autres, cela n'a lieu néanmoins que « dans le cas où les droits de ces personnes différentes sont « distincts et séparés, mais non quand ces droits tirent leur « origine d'un seul et même fait, et que les défenses que « les accusés peuvent y opposer sont les mêmes. »

Cette doctrine a été également consacrée par la jurisprudence moderne. Ainsi, l'on a jugé (Cass., 23 décembre 1825 et 22 juillet 1830) que la décision négative sur la circonstance aggravante de faux commis *par un officier public* doit profiter à l'individu poursuivi ultérieurement pour complicité. Ainsi, sous l'empire de l'ancien acticle 597 du Code

de commerce, qui n'admettait la complicité de la banqueroute frauduleuse qu'autant qu'il y avait *concert* entre le failli et le prétendu complice, on a décidé (Cass., 17 mars 1834) que la déclaration négative, quant à la banqueroute frauduleuse, vis-à-vis de l'auteur principal, faisait disparaître le corps même du délit, le concert frauduleux ne pouvant exister là où il n'y a point de fraude [1].

Cette jurisprudence, admise par la plupart des criminalistes, a été combattue, avec quelques réserves, par M. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, tom. II, nos 1801 et suiv.), et d'une manière absolue par M. Griolet. (P. 285 et suiv.)

Avant d'examiner les objections de ces auteurs, nous devons faire deux observations essentielles, afin de bien fixer le terrain de la discussion.

La première, c'est que, suivant les termes mêmes de Jousse, sa doctrine cesse d'être applicable lorsque les droits des codélinquants sont *distincts et séparés*. Ainsi, l'acquittement de l'auteur principal pour défaut de discernement ne saurait profiter à un codélinquant ou à un complice. Il en serait de même s'il y avait eu renvoi faute de charges suffisantes. Peu importe alors que les affaires soient jugées séparément ou simultanément.

Cette observation nous conduit à une seconde, c'est que le plus souvent, dans les affaires criminelles, l'acquittement ne peut avoir aucun effet *in rem* (Rej., 9 février 1855 et 7 octobre 1858), parce qu'il intervient à la suite d'une déclaration de non-culpabilité, déclaration toujours équivoque dans ses motifs, puisque l'on ne sait point si le jury s'est déterminé par la non-existence du délit, ou par des circonstances personnelles excluant la culpabilité morale. Lors

[1] Il en est autrement (Rej., 5 mars 1848 et 9 février 1855) sous l'empire du Code revisé, dont l'article 593 punit des peines de la banqueroute frauduleuse ceux qui ont soustrait *dans l'intérêt du failli*.

donc que l'on fait remarquer (M. Ortolan, n° 1804) qu'au cas de bigamie, le jury a pu admettre l'existence d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier, et cependant déclarer la femme ainsi remariée non coupable comme n'ayant point agi en parfaite connaissance de cause; cela est parfaitement vrai, mais n'est nullement en opposition avec la doctrine de Jousse, puisque c'est alors pour des motifs tout personnels qu'on est fondé à acquitter la femme et à condamner le complice. Il en serait autrement s'il avait été décidé d'une manière préjudicielle qu'il y avait nullité du premier ou du second mariage, puisqu'alors le crime de bigamie serait devenu impossible. On peut également supposer des questions, spécialement posées, depuis 1835, sur les circonstances aggravantes, telles que la qualité de domestique ou d'officier public, questions pour lesquelles le jury statue *in rem*. Enfin, les jugements des tribunaux correctionnels ou de simple police étant motivés, il peut facilement se présenter devant ces juridictions des questions résolues d'une manière générale.

Pour en venir maintenant au fond de la controverse, on dit qu'il y a contradiction à admettre que la décision affirmative, lorsqu'elle est *in rem*, vis-à-vis de l'auteur principal, ne nuise pas au codélinquant ou complice, tandis que la décision négative lui profite. Mais il n'est pas sans exemple, même en matière civile (n°s 883, 886) qu'un *negotiorum gestor* puisse obtenir un jugement qui profite à un tiers, sans qu'à l'inverse la condamnation soit opposable au *dominus rei*. A plus forte raison n'y a-t-il point lieu de repousser, en matière pénale, où doivent prévaloir les systèmes d'interprétation favorables à l'accusé, la distinction entre l'hypothèse où une décision judiciaire a nié l'existence du délit, et l'hypothèse où cette même existence a été affirmée sans aucune défense possible de la part de l'accusé actuel. Ces

hypothèses, loin d'offrir une véritable réciprocité, comme le suppose M. Griolet (p. 292), *toto cœlo distant.*

M. Ortolan (n° 1805) admet la doctrine de Jousse pour l'adultère seulement, à cause de la nature intime de ce délit, à l'égard duquel la paix du ménage veut que l'acquittement de la femme ne soit point troublé par la condamnation du complice. Mais il nous semble que, si l'article 1351 régit d'une manière absolue la juridiction criminelle comme la juridiction civile, il faut déclarer, avec M. Griolet, que toute exception est arbitraire. Que si, au contraire, on admet partiellement la doctrine de Jousse, il n'est plus interdit de rechercher si le fait est de nature à ce que les poursuites deviennent moralement impossibles, quand une décision *in rem* est intervenue vis-à-vis de l'auteur principal. Dès qu'on fait brèche à la règle absolue sur la relativité de la chose jugée, il ne faut point s'arrêter à moitié chemin.

Pour nous, il nous semble contraire au bon sens et à l'équité de condamner *Secundus* comme complice de la désertion de *Primus*, lorsqu'il serait souverainement jugé que Primus n'a jamais abandonné le drapeau; de punir *Secundus* comme complice de *Primus* en qualité d'officier public, lorsqu'il serait souverainement jugé que *Primus* n'a point agi en cette qualité. Nous persistons donc à approuver la doctrine de la jurisprudence ancienne et moderne.

904. L'identité de personne peut être considérée non-seulement passivement, mais même activement, c'est-à-dire au point de vue des parties poursuivantes. Au cas où la partie civile a qualité pour prendre l'initiative des poursuites, c'est-à-dire devant les tribunaux de police simple ou correctionnelle, il est évident que cette initiative lui est interdite lorsque l'action a été jugée sur les conclusions du ministère public. Mais quel sera le sort de l'action civile, lorsqu'il aura été ainsi statué sur l'action publique? Ceci nous con-

duit à notre dernière division, à l'influence de la chose jugée au civil sur le criminel, et réciproquement.

TROISIÈME DIVISION.

INFLUENCE RESPECTIVE DES JUGEMENTS CIVILS ET DES JUGEMENTS CRIMINELS.

SOMMAIRE. — 905. Division.

905. L'action publique, reposant sur des motifs d'ordre supérieur, doit être en général indépendante des décisions rendues dans une procédure purement civile. On conçoit, au contraire, que l'action civile, qui ne protége que des intérêts privés, puisse être subordonnée au résultat de l'action publique. Pothier (*Proc. crim.*, § 7, art. 1) qualifiait l'action civile d'*accessoire de l'accusation criminelle*, et nous verrons que cette idée se retrouve encore dans le droit actuel.

Parlons d'abord de l'influence du civil sur le criminel, qui donne lieu à peu de controverses.

§ 1. INFLUENCE DE LA CHOSE JUGÉE AU CIVIL SUR LES POURSUITES CRIMINELLES.

SOMMAIRE. — 906. Indépendance, en principe, de la juridiction criminelle. — 907. Cas où la décision du tribunal civil lie la juridiction criminelle. — 908. Quelle est la force, au criminel, des preuves produites devant le juge civil.

906. Le seul effet que produisent habituellement les jugements civils qui se rattachent à un délit, c'est d'éteindre l'action civile, qui ne peut plus être portée incidemment devant les tribunaux de répression, lorsqu'elle a été intentée directement, ainsi que l'a jugé d'une manière fort nette un arrêt de cassation du 20 février 1847. Mais, suivant la réserve faite par ce même arrêt, l'exercice de l'action publique est complétement indépendant du sort de l'action civile. C'est ainsi qu'il est de jurisprudence (Cass., 28 octobre 1813)

que le rejet ou l'admission d'une inscription de faux incident civil n'empêche pas le juge criminel de déclarer le faux constant, ou de le nier.

907. La décision des tribunaux civils lie néanmoins la juridiction criminelle lorsque, soit certains textes, soit du moins les inductions tirées de ces textes (nos 226 et suiv.), font considérer la question civile comme préjudicielle, en ce qui touche, par exemple, la propriété des immeubles ou l'état des personnes. Alors il est évident que le ministère public, bien qu'il ne soit point partie principale devant la juridiction civile, où se porte la question préjudicielle, est lié par la sentence définitive émanée de cette juridiction : ce qui est encore une exception à la règle qui veut que l'autorité de la chose jugée n'ait lieu qu'à l'égard des personnes qui ont été parties dans le premier jugement. (Voy. n° 904.)

En ce qui touche les contestations sur la nullité ou sur la déchéance des brevets d'invention, qui, aux termes de l'article 34 de la loi du 5 juillet 1844, doivent être portées devant les tribunaux civils, elles ne sont point préjudicielles en ce sens que la juridiction correctionnelle soit tenue de renvoyer pour leur solution devant le tribunal civil, suivant la doctrine consacrée pour les questions d'état ou de propriété immobilière; puisque le tribunal correctionnel, saisi d'une action en contrefaçon (même loi, art. 46), a qualité pour statuer incidemment sur les questions relatives à la propriété du brevet. Mais lorsque c'est le tribunal civil qui a été saisi, sa décision, comme l'a jugé la Cour régulatrice (Cass., 8 août 1857), « tranche définitivement, entre les « parties en cause, les questions de validité de brevet, et « régit, entre les mêmes parties, les débats à venir, « aussi bien au correctionnel qu'au civil. » Nous avons reconnu, au contraire (n° 897), qu'il n'y a point lieu d'attri-

buer la même autorité aux jugements correctionnels prononçant incidemment sur des questions de cette nature. Il importe d'observer toutefois qu'aux termes de l'article 37 de la loi de 1844, l'effet du jugement, même civil, n'est absolu qu'en tant que le ministère public a fait prononcer la *nullité* ou la *déchéance* du brevet, nullité ou déchéance qui ne peut nuire qu'à la partie en cause. Si le tribunal civil en avait prononcé la validité, cette décision, étant susceptible de nuire aux tiers, n'aurait point de portée au delà du litige actuel.

Dans le système de la jurisprudence (Cass., 13 avril 1867), qui oblige la juridiction criminelle à renvoyer aux tribunaux civils, comme préjudicielle, la question de validité du mariage, où cette jurisprudence voit une question d'état (Cod. civ., art. 326, 327), il est évident que la décision du tribunal civil sur le mariage lie la juridiction criminelle. Mais, pour nous, qui avons pensé (n° 333) qu'on ne saurait appliquer en dehors des questions de filiation la règle exorbitante qui suspend l'action criminelle jusqu'au jugement définitif de la question d'état par la juridiction civile, ne devons-nous pas admettre au moins que, si la juridiction civile a statué la première sur la validité du mariage, la question criminelle, notamment en ce qui touche l'adultère ou la bigamie, se trouve préjugée? Il semble difficile de ne point reconnaître aux tribunaux civils pour les questions d'état *lato sensu* une autorité équivalente à celle que leur attribue la loi de 1844 pour les brevets d'invention. Si le Code (art. 198) donne aux jugements criminels établissant la preuve du mariage la même foi qu'aux actes de l'état civil, peut-il en être autrement des décisions rendues par la juridiction ordinaire? La logique conduit à décider de même en ce qui touche l'adoption.

Mais faut-il aller plus loin encore et assimiler aux

jugements civils sur l'état ceux qui sont *constitutifs d'un rapport de droit*, suivant les expressions de M. Griolet? (P. 327.) Ainsi, en supposant qu'un jugement civil ait attribué à Pierre la propriété d'un meuble réclamé par Paul (s'il s'agissait d'un immeuble, la question serait évidemment préjugée), ce jugement ne permettrait point au tribunal correctionnel de déclarer Pierre coupable du vol de ce même meuble[1]. Si cette décision est exacte, il faut faire un pas de plus, la créance étant constitutive d'un rapport de droit, tout aussi bien que la propriété, et considérer la juridiction criminelle comme liée par la juridiction civile, quand cette dernière a statué sur la validité ou sur l'extinction d'une créance. Tranchons le mot, on se trouve conduit au système hardi, mais conséquent, qui attribue au tribunal civil le pouvoir de trancher définitivement les contestations portées devant lui sur des droits, soit réels, soit personnels. Ce qu'il nous est difficile de comprendre, c'est que l'on croie pouvoir concilier cette doctrine avec celle que professe la Cour de cassation en matière de faillite. (Voy. M. Griolet, p. 331.) La Cour décide, en effet, non-seulement que l'exercice de l'action publique relativement à la banqueroute n'est point subordonné à un jugement du tribunal de commerce déclaratif de la faillite (Rej., 24 juin 1864) : point peu contestable, puisqu'il faudrait un texte pour imposer ainsi un sursis à la juridiction pénale ; — mais, ce qui est plus grave, que la déclaration de faillite passée en force de chose jugée ne lie point le tribunal criminel

[1] M. Griolet propose seulement une distinction, qui nous paraît inadmissible, entre les questions de mariage, que la juridiction civile préjugerait d'une manière absolue, et les questions de propriété mobilière, à l'égard desquelles le jugement civil ne pouvait être invoqué que pour les faits postérieurs à sa date. Est-ce que les jugements sur la propriété ne sont pas, au même titre que tous les autres, déclaratifs, et non translatifs du droit qu'ils consacrent?

appelé à appliquer les peines de la banqueroute (Cass., 23 novembre 1827), et, à l'inverse, que le prévenu de banqueroute ne peut invoquer la décision de la juridiction commerciale portant qu'il n'y a point lieu de déclarer la faillite. (Rej., 6 mars 1857.) Ces décisions ne se fondent point sur des motifs particuliers, soit à la juridiction commerciale, soit à la faillite, mais sur le principe général de l'indépendance de l'action publique. L'arrêt de 1864 a même soin de signaler les motifs particuliers qui ont fait attribuer une compétence exclusive aux tribunaux civils pour les questions d'état. Cette doctrine nous semble la vraie; il faut en conclure que, toutes les fois que la loi est muette, le jugement civil, lors même qu'il statue sur un rapport de droit, n'a point force de chose jugée au criminel.

908. Si, à part les cas exceptionnels, le jugement civil ne lie point la juridiction pénale, il doit en être de même, à plus forte raison, des simples actes d'instruction. Les aveux les plus formels reçus par le juge civil ne sauraient avoir foi absolue vis-à-vis du juge criminel. Ce serait un dangereux abus que de considérer comme acquises à l'accusation les déclarations que le défendeur a pu faire avec trop de légèreté, dans une instance où il ne s'agissait que d'intérêts pécuniaires.

§ 2. INFLUENCE DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL SUR L'ACTION CIVILE.

SOMMAIRE. — 909. Discussion générale sur cette influence. — 910. Textes qui établissent l'influence des jugements criminels sur les intérêts civils. — 911. La chose jugée au criminel ne peut nuire aux tiers. — 912. Distinction à faire quant à ceux qui ont été parties au jugement. — 913. Cas où il y a déclaration de culpabilité. — 914. Cas où est niée l'existence du fait incriminé. — 915. Cas où il y a déclaration de non-culpabilité. — 916. La juridiction civile doit-elle motiver sa décision de manière à exclure toute contradiction? — 917. Résumé. — 918. Jurisprudence anglaise et américaine en cette matière. — 919. Quelle influence peuvent avoir au civil les documents de la procédure criminelle.

909. Faut-il également poser en principe que la chose jugée au criminel est sans influence sur l'action civile?

Écartons d'abord le cas où la personne lésée par le délit s'est portée partie civile devant le tribunal de répression. Il est évident qu'alors l'action civile elle-même a été irrévocablement jugée. Lorsque la même question s'élève entre les mêmes parties (voy. n° 867), peu importe, dit fort bien Ulpien (L. 5, D., *De except. rei jud.*), qu'on agisse *diverso genere judicii*. C'est la juste réciprocité de ce que nous avons décidé (n° 906) au cas où l'action avait été intentée d'abord devant la juridiction civile.

Il faut supposer que le ministère public a seul agi au criminel. C'est alors qu'on se demande si la sentence rendue sur ses conclusions pour ou contre l'accusé doit avoir effet quant aux intérêts civils. Toullier (tom. VIII, n°s 30 et suiv., et tom. X, n°s 240 et suiv.) soutient avec énergie la négative, en s'attachant au principe posé par l'article 1351, d'après lequel l'autorité de la chose jugée ne peut avoir lieu qu'autant que la demande a le même objet et est entre les mêmes parties. Or, dit-il, l'objet de l'action civile est essentiellement différent de celui de l'action publique, bien que toutes deux se rattachent au même fait, puisque, dans l'une, il s'agit de la réparation d'un dommage, et dans l'autre, de l'application d'une peine. Quant aux parties, il est clair qu'elles ne sont pas les mêmes; car le ministère public représente bien la société, mais il ne représente pas spécialement la partie civile, il n'a même point qualité pour défendre ses intérêts pécuniaires. Les tribunaux civils doivent donc, suivant Toullier, considérer comme *res inter alios acta* les décisions rendues par les tribunaux criminels.

Merlin, au contraire, a soutenu (voy. surtout ses *Questions de droit*, v° Faux, § 6) et fait prévaloir dans la jurisprudence le principe que la chose jugée au criminel doit être considérée comme jugée au civil. Il oppose aux raisonnements de Toullier cette grave considération, qu'il serait déplorable

qu'on pût faire déclarer au civil l'innocence d'un homme qui aurait péri sur l'échafaud. Et lorsque Toullier répond que l'innocence peut avoir été reconnue, il prouve trop; car, pour être conséquent alors, on devrait permettre au condamné de demander la révision de la sentence qui l'a frappé, révision qui n'est admise que dans des cas exceptionnels. On doit, suivant Merlin, considérer le ministère public, lorsqu'il intente l'action criminelle, comme représentant tous les intérêts, tant généraux que privés, en tant qu'il s'agit de faire constater judiciairement l'existence du délit.

C'est, au fond, du côté du système de Merlin que se trouve la vérité. Seulement, dans sa controverse avec Toullier, la question a été mal posée, et comme l'a fait observer avec beaucoup de raison Zachariæ (trad. franç., 1re édit., tom. V, § 769, 2°, n° 4), ce n'est point à l'article 1351 qu'il faut s'attacher pour résoudre la difficulté. Toullier n'a point tort lorsqu'il dit que l'objet de l'action publique est essentiellement distinct de celui de l'action civile, puisque le ministère public n'est autorisé à présenter des conclusions à fins civiles que dans le cas exceptionnel, prévu par l'article 200 du Code civil, où l'on a craint une collusion entre les parties intéressées et les héritiers de l'officier public, relativement à la preuve d'un mariage. Dans toute autre hypothèse, il serait inexact, et nous allons voir que Merlin l'a reconnu lui-même, de considérer tous les intérêts civils qui peuvent se rattacher à la cause, comme représentés par le ministère public. Si dès lors on se préoccupait de l'article 1351, on aboutirait infailliblement au système de Toullier, système repoussé par de graves motifs d'intérêt social et, nous allons le voir, aussi par de nombreux textes. Ce qui est vrai, c'est que les tribunaux criminels ont seuls qualité pour décider d'une manière

péremptoire s'il existe un corps de délit, si l'accusé est l'auteur des faits qui lui sont reprochés, s'ils lui sont imputables d'après les règles du droit pénal, enfin, s'ils tombent sous l'application du texte d'une loi répressive. Leurs décisions, sur ces divers points, ont un caractère absolu. D'une part, elles profitent à l'accusé, qui ne peut être soumis à aucune action en dommages-intérêts, si on a déclaré qu'il n'existait point de corps de délit. D'autre part, elles lui nuisent en ce sens qu'une fois déclaré coupable, il ne peut plus soutenir devant aucune juridiction qu'il n'est point l'auteur des faits à lui imputés; il est seulement admissible à contester relativement aux dommages et intérêts. (C. d'inst. crim., art. 363.) Mais ces mêmes décisions ne sauraient, nous allons le voir (n° 911), réagir d'une manière absolue sur les droits des tiers, qui sont demeurés étrangers aux poursuites criminelles. Autrement, il faudrait admettre leur intervention, ce qui compliquerait singulièrement la marche de la procédure.

Nous avons eu la satisfaction de voir M. Griolet (p. 344 et suiv.) arriver à des conclusions semblables, en se fondant sur les traditions de notre ancien droit. Il fait remarquer que lorsque l'accusation privée eut dégénéré en une simple action civile, exercée soit au criminel à l'extraordinaire, soit au civil à l'ordinaire, cette action n'en conserva pas moins, comme marque de son origine, le caractère d'une poursuite du délit[1]. Cela explique la doctrine de Pothier (n° 905), reproduite d'ailleurs par Jousse, qui considère l'action civile comme un *accessoire* de l'action publique : d'où la double conséquence, consacrée par l'ancienne jurisprudence, que l'action civile est soumise à la même prescription que l'action publique; et que la chose jugée sur

[1] Aujourd'hui encore l'action civile suffit pour saisir la justice pénale, devant les juridictions correctionnelle et de simple police.

l'action publique réagit sur l'action civile, de manière à rendre celle-ci nécessairement recevable après la condamnation, irrecevable après l'acquittement.

Or, la première de ces conséquences a été consacrée de nouveau par le Code d'instruction criminelle (art. 637 et 638), comme elle l'avait été par le Code de brumaire. Il est bien naturel de supposer que notre législateur a entendu établir pour l'autorité de la chose jugée la même doctrine que pour la prescription. Les mêmes considérations ont dû dicter, dans l'un et l'autre cas, une solution identique : on a pensé, d'une part, qu'il y aurait scandale à révéler officiellement un délit qui devrait forcément rester impuni; d'autre part, qu'il serait moralement impossible de se refuser à la réparation civile d'un délit qui aurait été déclaré constant par la juridiction criminelle. Ainsi entendue, la théorie du législateur est parfaitement conséquente.

910. Voyons quels sont les textes qui établissent l'influence au civil des décisions rendues par les tribunaux criminels; puis nous examinerons dans quelles limites s'exerce cette influence.

Et d'abord, le principe que pose l'article 3 du Code d'instruction criminelle fournit un argument indirect, mais qui est loin d'être dénué de valeur. Comment expliquer, dans l'opinion opposée, la disposition de cet article qui suspend l'exercice de l'action civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile? Dira-t-on que le législateur ne s'est pas préoccupé du juge civil, mais du juge criminel, qu'il a craint le préjugé moral que pourrait faire naître dans l'esprit de ce dernier le jugement civil? Mais, pour être conséquent, il eût fallu, à l'inverse de ce qui se pratique dans les questions d'état (C. civ., art. 327), dire que l'action civile ne pourrait jamais com-

menacer avant le jugement définitif sur l'action publique. Car, toutes les fois qu'il y a un jugement civil rendu avant que l'action criminelle ait pris naissance, nous retombons dans ce même inconvénient dont le législateur a été, dit-on, si vivement frappé. Il est plus naturel de voir dans l'article 3 la réciproque du principe suivant lequel la solution des questions préjudicielles civiles lie le tribunal criminel; c'est-à-dire la consécration de la règle que les décisions des tribunaux criminels préjugent l'action civile. (Voy. Rej., 17 mars 1813.) Ce texte s'éclaire, si on le rapproche, comme l'a fait M. Griolet (*loc. cit.*), des traditions de l'ancien droit sur le caractère *accessoire* de l'action civile.

La règle ressort d'une manière plus directe de la disposition de l'article 396 du Code d'instruction, aux termes duquel la Cour doit ordonner que les effets pris seront restitués au propriétaire : attribution qui s'exerce d'office sans qu'il soit même nécessaire d'avertir l'accusé (Rej., 21 février 1852), et qui s'applique, d'après le texte de la loi, au cas d'acquittement comme au cas de condamnation. D'où la conséquence (Rej., 5 février 1858) qu'il appartient à la Cour de statuer en cas de contestation. (Rej., 30 mars 1843.)

Il y a des textes formels dans nos lois civiles qui supposent également cette autorité préjudicielle des jugements criminels. Ainsi, l'article 198 du Code civil veut que, la preuve d'une célébration légale du mariage une fois acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure tous les effets civils au mariage. Pourquoi les poursuites criminelles auraient-elles, en matière de mariage, une portée qu'on leur refuserait partout ailleurs? (Voir toutefois n° 911.)

L'article 235 du même Code, que Toullier invoque en sa

faveur, fournit, au contraire, contre lui un argument décisif, quand on remonte à l'historique de cet article. Il s'agissait de déterminer ce qui devrait arriver, quand les faits allégués par l'époux demandeur en divorce pour cause déterminée donneraient lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public. On proposa au Conseil d'État de faire précéder le jugement criminel par le jugement civil. Mais il fut répondu qu'il y aurait de graves inconvénients à subordonner la procédure criminelle au résultat du divorce. Portalis proposa, pour concilier les diverses opinions, de décider que le jugement criminel ne serait point préjudiciel, du moins en ce qui touche le demandeur; car il pourrait y avoir assez de faits pour prononcer le divorce, sans qu'il y en eût assez pour prononcer une peine. De là la rédaction de l'article 236 : « Si quelques-uns des faits « allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une pour- « suite criminelle de la part du ministère public, l'action en « divorce restera suspendue jusqu'à l'arrêt de la Cour « d'assises; alors elle pourra être reprise sans qu'il soit « permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou « exception préjudicielle contre l'époux demandeur. » Cette disposition, introduite en matière de divorce, et encore applicable aujourd'hui, par identité de motifs, à la séparation de corps, ne fait que confirmer le principe général de l'influence des jugements criminels sur les intérêts civils[1] : principe qui subsiste dans toute sa force contre l'époux défendeur, vis-à-vis de qui les faits sont définitivement prouvés, par cela seul qu'il a subi une condamnation criminelle.

911. Voyons maintenant dans quelles limites doit s'ap-

[1] Ce principe de l'influence des décisions criminelles sur le civil a été appliqué par la Cour d'Angers (26 mai 1864) aux décisions rendues par les conseils de préfecture sur les contraventions de grande voirie.

pliquer le principe de l'influence du criminel sur le civil.

Doit-on considérer le jugement criminel comme préjugeant contre tous les intéressés, et malgré leur volonté, toutes les questions dont la solution peut se trouver impliquée dans le débat? Faut-il y voir, comme on l'a dit (réquisitoire de M. Mourre à la Cour de cassation, du 19 mars 1817), « un monument sur lequel s'imprime une vérité pu- « blique »? Cela est incontestable, nous le répétons (n° 909), vis-à-vis de la partie condamnée, qui n'est point fondée à se dire créancière ou propriétaire en vertu du titre annulé par les tribunaux criminels, et qui peut être condamnée à des dommages et intérêts sur le seul vu de la condamnation [1]. Mais les tiers pourront-ils être atteints par le résultat d'une procédure à laquelle ils sont étrangers, puisque le débat criminel (Rej., 24 janvier 1850) n'admet point leur intervention, à moins qu'ils n'aient qualité pour se porter parties civiles?

Signalons d'abord une hypothèse dans laquelle il nous semble impossible que le jugement criminel puisse porter préjudice aux tiers. C'est lorsqu'il existe en leur faveur une décision antérieure de la juridiction civile ayant l'autorité de la chose jugée. Si nous avons reconnu (n° 917) que le jugement civil, lorsqu'il n'a aucun caractère préjudiciel, ne lie point la juridiction pénale, c'est en tant seulement que cette juridiction se meut sur le terrain qui lui est propre, c'est-à-dire qu'elle statue exclusivement sur l'action publique. Mais il ne saurait appartenir aux tribunaux criminels, pas plus qu'à aucune autre juridiction, de revenir sur ce qui a été souverainement jugé à l'égard des tiers. La

[1] N'oublions pas toutefois que la condamnation criminelle ne peut être invoquée, pour identité de motifs, contre la même personne, s'il s'agit d'une autre affaire, ainsi que l'a décidé en matière de brevets d'invention (comp. n°s 897 et 907) un arrêt de cassation du 29 avril 1837.

chambre des requêtes a donc pu juger (Rej., 8 avril 1812 et 16 août 1847), sans être en opposition avec sa jurisprudence ultérieure sur l'autorité absolue des jugements criminels, que la constatation du faux par la juridiction pénale ne peut rétroagir sur les droits acquis aux tiers par un jugement civil qui a déclaré valables les actes ultérieurement argués de faux.

Il importe également, pour bien préciser le terrain de la discussion, de poser en principe, conformément à la doctrine de Zachariæ (n° 909), que l'autorité des tribunaux criminels ne porte que sur l'existence et le caractère délictueux des faits soumis à leur juridiction. « La juridiction « civile », dit un arrêt de la Cour de cassation (chambre civile, Rej., 26 juillet 1865), « en même temps qu'elle est « liée, non-seulement par le dispositif des décisions rendues « au criminel, mais même par ceux de leurs motifs qui se « réfèrent aux qualifications pénales (n° 863), reste pleine- « ment maîtresse d'apprécier autrement, sous leurs rap- « ports purement civils, les contrats se rattachant aux faits « qui ont donné lieu à la poursuite criminelle ou correc- « tionnelle, et pouvant servir de base à des actions civiles « intéressant des tiers non parties aux débats. » La Cour de cassation a jugé en conséquence qu'il n'y avait point d'incompatibilité légale entre l'arrêt de la Cour de Douai, du 21 avril 1862, renvoyant Mirès de la prévention d'escroquerie, par le motif notamment qu'il n'y avait pas eu entre ses clients et lui de contrat de nantissement, et l'arrêt de la Cour de Paris, du 22 janvier 1864, condamnant civilement Mirès d'après la nature des conventions par lui consenties [1].

[1] Il est vrai que la Cour de Paris s'était fondée, pour ne point se mettre en opposition avec la Cour de Douai, sur ce que le principal motif du renvoi prononcé sur cette Cour était l'absence d'intention frauduleuse; mais la Cour de cassation a écarté cette considération, quelle qu'en fût la valeur, pour aborder carrément la difficulté.

En nous attachant donc exclusivement aux faits délictueux et aux qualifications pénales qui ressortent des décisions rendues par la juridiction criminelle, on peut concevoir l'intérêt des tiers à les contester, soit pour réclamer une qualification plus rigoureuse, soit, ce qui arrivera plus fréquemment dans la pratique, pour faire considérer comme non avenue à leur égard la constatation du délit.

Nous ne pensons point que l'esprit de notre législation autorise les tiers, quel que soit leur intérêt, à poursuivre devant les tribunaux civils une qualification plus rigoureuse du délit apprécié par la juridiction pénale. Le même motif qui a fait assigner à l'action civile la même durée qu'à l'action publique (Inst. crim., art. 637), la crainte d'amener la révélation scandaleuse de faits qui ne pourraient plus être atteints par la justice répressive, ne doit point permettre de reviser ainsi *in pejus* la décision du juge criminel sur la qualification du délit. L'une et l'autre solution découlent de l'ancienne doctrine (nos 905 et 909) qui considère l'action civile comme accessoire de l'action publique. C'est ainsi qu'à la suite d'une condamnation correctionnelle pour escroquerie, la partie lésée ayant voulu établir devant la juridiction civile l'existence d'un vol, afin de pouvoir revendiquer vis-à-vis d'un tiers acquéreur les objets détournés à son préjudice, cette prétention a été repoussée par la Cour régulatrice. (Rej., 23 décembre 1863.)

Les tiers se présentent dans une position bien plus favorable, lorsqu'ils demandent, au contraire, que la qualification pénale soit modifiée *in mitius*, en tant qu'elle porterait atteinte à leurs intérêts. Plusieurs décisions de la jurisprudence ont maintenu, même dans cette hypothèse, la doctrine absolue qui ne permet point de remettre en question au civil une vérité judiciaire souverainement établie. Un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 14 février 1860,

posant le principe absolu que tous les intéressés sont représentés par le ministère public, a refusé à un notaire, bien qu'il n'eût pu intervenir dans le procès criminel, la faculté d'établir au civil qu'il n'y avait point faux dans l'acte qui avait donné lieu à une accusation de faux. Merlin avait signalé à l'avance (*Répert.*, v° TESTAMENT, sect. 5, § 3) une conséquence extrême de cette doctrine [1]; il se demandait si je perdrais la propriété d'un objet, parce qu'il aurait été jugé, au criminel, entre Pierre et Paul, que Pierre est propriétaire de cet objet, et que Paul le lui a volé. Eh bien, cette décision d'une iniquité flagrante a été consacrée par la Cour de Grenoble, qui a opposé, le 18 novembre 1863, à la revendication de boissons formée par un propriétaire, le jugement correctionnel prononçant contre son locataire confiscation de ces mêmes boissons au profit de la régie. Il est vrai que la Cour de Grenoble a mis son arrêt à l'abri du recours en cassation, en ajoutant que, l'exception de la chose jugée fût-elle admissible, les employés avaient découvert des traces de fraude. (Rej., 6 octobre 1833.) Cette doctrine, poussée jusqu'au bout, conduirait à reconnaître qu'un homme et une femme peuvent se trouver mariés malgré eux. Et en effet, si on entend l'article 198 du Code civil en ce sens que l'existence d'un mariage dont la preuve a été rétablie sur les conclusions du ministère public, est pleinement constatée, même vis-à-vis des personnes étrangères au procès criminel, le jugement criminel lie les prétendus époux, bien qu'ils ne se soient point portés parties civiles et qu'ils n'aient pas même eu connaissance de la procédure [2].

[1] Merlin toutefois (*Additions aux Questions de droit*, v° FAUX, § 6) a fini par professer d'une manière absolue l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des tiers.

[2] M. Griolet fait voir également (p. 343) par d'ingénieuses observations

Les auteurs et les arrêts qui ont admis ce système, reconnaissent bien qu'il est contraire à l'article 1351, le ministère public ne pouvant représenter des personnes dont l'intérêt, à la différence de la position de la partie civile, est généralement opposé à celui de l'accusation; mais ils se fondent sur l'article 3 du Code d'instruction, qui déclare l'*action civile* suspendue par le seul fait de l'exercice de l'action publique: d'où le caractère nécessairement préjudiciel de cette dernière action. Mais n'y aurait-il pas aussi une équivoque sur le sens de ces mots *action civile*? Ne serait-il pas naturel d'interpréter l'article 3 par l'article 1er du même Code qui définit cette action *l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention?* Or, l'action en revendication d'un meuble, l'action tendant à établir l'existence ou la validité du mariage, n'ont rien de commun avec l'action en réparation du dommage causé par le délit. C'est en ce sens qu'une jurisprudence constante applique l'article 637 du Code d'instruction, qui renferme l'exercice de l'action civile dans les mêmes délais que celui de l'action publique. « Les prescriptions établies par les lois « criminelles », dit la chambre civile (Rej., 27 avril 1862), « ne s'appliquent aux actions civiles qu'autant que ces ac- « tions ont pour base unique et exclusive un crime, un dé- « lit ou une contravention; mais il en est autrement lorsqu'il « s'agit d'une action qui, en dehors des faits délictueux « imputables au défendeur, puise son principe dans un acte « ou dans une disposition du droit civil. » Dès lors, si nous ne perdons pas de vue l'affinité étroite qui existait dans l'ancienne doctrine entre les principes sur la prescription et

sur les complications de l'affaire Mirès, que la doctrine de l'autorité absolue au civil de la chose jugée au criminel amène des difficultés insolubles.

ceux sur l'autorité de la chose jugée (n° 909), on arrive à reconnaître que la suspension prononcée par l'article 3 ne s'applique qu'à l'action en réparation du dommage causé par le délit, à l'exclusion des actions en revendication, en réclamation d'état, etc. Une fois établi que l'article 3 est inapplicable dans l'hypothèse, toute la théorie s'écroule.

Merlin avait puisé un autre argument dans l'article 463 du même Code, qui prescrit au tribunal criminel, lorsqu'il a déclaré faux un acte authentique, d'ordonner que l'acte soit rétabli, rayé ou réformé. Mais, en y regardant de plus près, on a reconnu, au contraire, que cet article réserve les droits des tiers, puisqu'il ne reproduit point la faculté d'ordonner la destruction matérielle de l'acte, la *suppression*, la *lacération*, qu'autorise au civil l'article 241 du Code de procédure. Aussi la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle décidé (arr. du 28 décembre 1849 et du 24 janvier 1850) que la radiation ou réforme, ordonnée par l'article 463, « n'a pas pour résultat de détruire ou d'anéan-« tir l'existence matérielle des actes authentiques qui ont « été déclarés faux, mais qu'elle a pour effet de les frapper « d'un signe de réprobation qui avertisse de leur fausseté et « leur enlève le caractère authentique et obligatoire en fa-« veur du condamné sauf à ceux qui n'auraient point été « parties au procès criminel à faire valoir leurs droits de-« vant les tribunaux compétents. » Tels nous paraissent être les véritables principes.

912. Même en ce qui concerne le condamné, l'influence sur le civil de la chose jugée au criminel doit se combiner avec le principe de raison qui veut que l'autorité de la chose jugée soit limitée à ce qui a été formellement décidé par le jugement. On a donc établi dans la pratique certaines distinctions, que la discussion entre Merlin et Toullier a contribué à faire ressortir, et d'après lesquelles le premier a

lui-même modifié sa doctrine. On peut concevoir en effet trois hypothèses :

Ou bien la décision judiciaire a déclaré la culpabilité de l'accusé ;

Ou bien elle a déclaré la non-existence du fait à lui imputé ;

Ou bien elle a simplement déclaré sa non-culpabilité.

913. Lorsque l'accusé est déclaré coupable, le principe que la question civile se trouve préjugée s'applique dans toute sa force. (Rej., 5 mai 1818 ; Cass., 3 août 1864.) Malgré une décision contraire, rendue par la Cour d'Alger, le 9 mai 1866, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer la même règle aux jugements de simple police [1].

Mais la juridiction correctionnelle n'a qualité pour préjuger la question civile qu'autant qu'elle statue dans les limites de sa compétence. Ainsi, un arrêt de cassation du 23 mai 1870, cité plus haut (n° 863), casse le jugement d'un tribunal civil qui s'était cru à tort lié par un jugement correctionnel, où le juge constatait les faits au point de vue civil, tout en reconnaissant qu'ils ne pouvaient être l'objet d'aucune répression pénale. On est aussi généralement d'accord pour reconnaître que, si la juridiction criminelle ne fait que statuer incidemment sur une question civile préjudicielle, telle que la qualité de père, dans une accusation de parricide, la question d'état au civil demeure entière. (N° 233.)

914. Elle est préjugée, en sens inverse, dans la seconde hypothèse, lorsqu'il est formellement jugé que le fait inculpé n'existe pas, ou qu'il a été commis par une autre personne. Cette hypothèse se présentera difficilement aujourd'hui au

[1] Comme il s'agissait, dans l'espèce, de l'infraction à un arrêté municipal réglementant le commerce, la Cour eût pu motiver régulièrement sa décision, en jugeant, avec la Cour de cassation (4 mai 1866), qu'on ne peut, sans violer le principe de la liberté du commerce, fonder une action en indemnité sur l'infraction à de tels arrêtés.

grand criminel, le verdict du jury dans sa forme ordinaire prononçant sur la culpabilité de l'accusé en général, et non sur l'existence du fait incriminé, comme cela avait lieu (n° 898) dans le droit intermédiaire. Que si le jury, interrogé en la forme usuelle, répond de manière à exclure la matérialité des faits, il excède ses pouvoirs, et la Cour d'assises conserve le droit de les apprécier au point de vue civil, en dégageant seulement l'élément de criminalité intentionnelle. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 21 octobre 1835, dans une espèce où, interrogés sur le point de savoir si les accusés étaient coupables de soustraction frauduleuse, les jurés avaient répondu : *Non, les accusés ne sont pas les auteurs de ces soustractions.* Cette réponse n'a pu enlever à la Cour le droit de statuer sur les réparations civiles [1].

Mais les jugements de police, simple ou correctionnelle, qui sont motivés [2], peuvent s'expliquer d'une manière catégorique, de manière à faire cesser toute imputabilité. Si la juridiction correctionnelle a nié l'existence même des faits imputés au prévenu, il n'est plus permis de le poursuivre civilement, en vertu de l'article 1382 du Code. Vainement le demandeur au civil alléguera-t-il qu'il ne s'est point porté partie civile devant la juridiction criminelle. Il a été représenté par le ministère public (Cass., 7 mars 1855), en ce qui touche la constatation du délit. (N° 909.) C'est la réciproque nécessaire de la règle suivant laquelle les condamnations obtenues par le ministère public seul profitent aux parties intéressées. Faut-il assimiler à la négation des faits

[1] A plus forte raison ne faudrait-il attacher aucune valeur à un verdict qui déclarerait un écrit faux, mais nierait en même temps la culpabilité. (Rej., 16 août 1842.)

[2] Nous avons vu (n° 863) que, dans la juridiction correctionnelle, l'autorité du dispositif se communique aux motifs, en tant qu'ils qualifient les faits.

par la juridiction correctionnelle la déclaration que les faits ne sont point suffisamment établis ? La négative, admise par plusieurs auteurs, a été consacrée par un arrêt de la cour d'Orléans du 15 avril 1864, d'après ce motif que déclarer un fait non prouvé, ce n'est point en nier l'existence. Mais cette décision, qui tendrait à révéler des délits dont la répression judiciaire serait impossible, est en opposition avec le but moral que s'est proposé le législateur en étendant au civil l'effet des jugements criminels. Il implique d'ailleurs qu'un fait dont la juridiction pénale n'a point admis la preuve, même par témoins ou par présomptions, puisse être prouvé devant la juridiction civile. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation. (Cass., 1er août 1864.)

915. Lorsque l'accusé est simplement déclaré non coupable, suivant la formule habituelle du verdict du jury, cette décision négative s'explique par cela seul qu'il y a doute dans l'esprit des jurés, soit sur l'existence du fait, soit sur la culpabilité de l'agent. S'il n'est pas permis aux juges civils de se mettre en contradiction avec ce qui a été décidé par les juges criminels, il ne leur est pas défendu de se livrer à la recherche de la vérité, quand ceux-ci l'ont laissée incertaine. « De la déclaration du jury que l'accusé n'est « pas coupable », dit un arrêt de rejet du 26 décembre 1863, « il résulte seulement qu'il n'a commis aucun crime pouvant « tomber sous l'application de la loi pénale ; mais, en l'ab- « sence de tous motifs exprimés, on ne saurait en induire « que le fait matériel n'existe pas, ou que l'accusé n'en « serait pas l'auteur. » D'ailleurs, la non-culpabilité d'après la loi pénale, qui ne punit habituellement que le dol, n'entraîne nullement l'absence de culpabilité aux yeux de la loi civile, qui tient compte des fautes, même légères, lorsqu'elles portent préjudice à autrui. (C. civ., art. 1382.) C'est ce qui

résulte formellement des dispositions du Code d'instruction criminelle (art. 358, 359, 366), qui autorisent expressément la Cour, dans le cas d'acquittement comme dans celui d'absolution, à statuer sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile. (Rej., 5 avril 1839.) Ce que peut faire la Cour d'assises, qui fonctionne en pareil cas comme une sorte de juridiction civile annexée à un tribunal criminel [1], pourquoi les tribunaux civils ne pourraient-ils pas le faire ultérieurement, lorsque la partie lésée, qui ne s'est pas constituée partie civile, vient à les saisir plus tard de sa réclamation ? Il est impossible d'apercevoir une raison de distinguer entre les deux hypothèses. La Cour de cassation a rendu un grand nombre d'arrêts dans le sens de cette doctrine, qui n'est plus contestée aujourd'hui dans la pratique. Ainsi, un arrêt de rejet du 12 janvier 1852 a jugé que la solution négative de la question d'escroquerie n'empêche point les poursuites au civil ; de même l'acquittement pour incendie n'empêche point l'imputabilité civile pour avoir occasionné la perte du lieu incendié. (Rej., 22 juillet 1868.) Il faut aller plus loin, et, au cas même où la question d'homicide ou de blessures par imprudence aurait été résolue négativement au criminel, reconnaître à la juridiction civile le pouvoir d'allouer des dommages et intérêts. Il peut y avoir une faute très-légère, civilement imputable, bien que ne tombant pas sous le coup de la loi pénale. (Rej., 19 novembre 1841 et 9 juillet 1866.)

Si, au contraire, la juridiction criminelle a prononcé, non-seulement sur l'absence de culpabilité aux yeux de la loi pénale, mais sur l'absence complète d'imputabilité, alors les principes que nous avons posés sur l'autorité de la chose

[1] La Cour d'assises peut, après acquittement, réserver l'action civile, en déclarant les dommages et intérêts non justifiés *en l'état*. (Cass., 27 mars 1855.)

jugée au criminel reprennent tout leur empire. C'est ce qui peut se présenter facilement devant la juridiction correctionnelle. Ainsi, dans l'arrêt précité (n° 914) du 7 mars 1855, la Cour de cassation a reconnu que le prévenu se trouvait à l'abri de toutes poursuites, même civiles, le jugement correctionnel portant *qu'on ne saurait lui imputer la responsabilité d'un acte auquel il est tout à fait étranger*. Mais le verdict du jury, d'après notre mode de position des questions, ne saurait être conçu en de pareils termes. Il peut arriver cependant que, sans aucune irrégularité, ce verdict contienne quelque chose de plus précis que la simple négation de la culpabilité de l'accusé. Si, par exemple, pour plus de clarté, le président a posé spécialement la question de légitime défense et que le jury l'ait résolue négativement, il semble, au premier coup d'œil, légalement impossible de condamner à des dommages et intérêts l'auteur d'un fait jugé licite. Un arrêt de cassation du 19 décembre 1817 s'est prononcé en ce sens. Mais il est plus exact de décider, avec Jousse (*Justice criminelle*, tom. I, pag. 119), que l'excès dans la légitime défense, bien que trop peu accentué pour donner ouverture à une action pénale, peut être suffisant pour motiver une condamnation civile. C'est ce que décide, dans ses considérants du moins, un arrêt de la Cour d'assises de l'Aveyron du 13 novembre 1835. Dans l'affaire Souesme, où une cassation a été également prononcée (24 juillet 1841), la Cour d'assises d'Orléans semblait avoir affecté de se mettre en opposition avec la déclaration du jury qui avait résolu négativement la question de coups et blessures volontaires, puisqu'elle avait alloué à la partie civile des dommages et intérêts, motivés sur *un coup porté volontairement hors le cas de légitime défense*. S'il y a des degrés dans l'imprudence (arrêts précités de 1841 et de 1866), ne serait-il pas trop subtil de distinguer des degrés dans la volonté ? La

Cour d'Orléans eût agi plus sagement en s'en tenant à son premier considérant, *que la réponse négative du jury sur la criminalité du fait n'exclut pas nécessairement sa matérialité*, et de prononcer des dommages et intérêts motivés sur la faute, indépendamment de la volonté. (Comp. Cass., 6 mai 1852, et Rej., 10 décembre 1866.)

916. Lorsque la déclaration de non-culpabilité, étant indéterminée, peut porter sur le fait matériel aussi bien que sur le fait moral, doit-on exiger que la Cour d'assises, en allouant des dommages et intérêts, constate d'une manière expresse qu'elle statue sur un point non décidé par le jury? C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation (Cass., 7 mai 1864) dans l'affaire si obscure du sieur Armand, accusé d'avoir lié et presque étranglé, dans sa cave, son domestique, Maurice Roux. Le jury ayant résolu négativement la question de coups et blessures volontaires, la Cour d'Aix avait néanmoins déclaré qu'il résultait des débats qu'Armand avait *maladroitement* porté à Roux un coup qui pouvait lui être imputé à faute, et l'avait condamné en conséquence à lui payer 20,000 francs de dommages et intérêts. L'arrêt de cassation qui a annulé cette condamnation peut être considéré comme un arrêt d'espèce ; la nécessité qu'il impose à la Cour d'assises de prévenir elle-même toute difficulté par des explications catégoriques, est en opposition avec ce principe élémentaire, que la violation de la chose jugée ne se présume pas, et que, dans le doute (Cod. civ., art. 1157), on doit se prononcer pour la validité d'une décision judiciaire. Dans un arrêt postérieur (Rej., 10 décembre 1866), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui n'était pas plus motivé que celui de la Cour d'Aix, en revenant au principe, si souvent proclamé par sa jurisprudence, que « malgré la « déclaration de non-culpabilité, la matérialité des faits peut « subsister tout aussi bien que la participation que l'accusé

« aurait prise à leur perpétration, seulement sans intention « criminelle. »

La Cour de Grenoble, qui a statué en définitive sur la demande en dommages et intérêts de Maurice Roux (1er juin 1865), s'est fondée, pour la repousser, sur les circonstances exceptionnelles de la cause, *où la matérialité du fait et l'intention étaient indivisibles* ; doctrine qui n'a point les conséquences extrêmes qu'emportait la décision de la chambre criminelle, et qu'a sanctionnée la chambre des requêtes. (11 décembre 1866.)

917. On voit que nous admettons, d'une part, d'après l'ensemble des textes, que la chose jugée au criminel est souverainement jugée, même au profit ou au préjudice de ceux qui intenteraient ultérieurement l'action civile ; mais, d'autre part, que, pour qu'il y ait ainsi chose jugée au criminel, il faut qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la portée de la décision. Or, ce doute ne saurait exister : 1° s'il y a solution affirmative sur la question de culpabilité ; 2° au cas d'une solution négative, si elle est de nature à exclure formellement, soit la matérialité, soit l'imputabilité, même civile, du délit. Une solution négative, motivée en général sur la non-culpabilité, s'entend de la non-culpabilité pénale, et laisse intact, sauf des cas tout à fait exceptionnels, le droit aux réparations civiles, s'il y a lieu.

918. Suivant l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence anglaise et américaine (M. Greenleaf, tom. I, p. 668, 670), la chose jugée au criminel n'a aucune influence, en principe, sur les intérêts civils. Cette jurisprudence se fonde sur les motifs allégués par Toullier, que les parties ne sont point les mêmes, et que la conviction se détermine d'une manière différente au civil et au criminel. On pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il y a identité de parties, le *prosecutor* étant habituellement, dans la procédure anglaise, la

partie lésée. Mais on a fini par considérer les poursuites, bien que mises en mouvement par un particulier, comme concernant, au fond, la société (*ibid.*, p. 409); alors on a compris que, si la décision rendue par la juridiction criminelle devait faire titre en faveur du plaignant, il ne pouvait être entendu au criminel, se trouvant directement intéressé à la décision (n° 281), et on a tranché la difficulté en posant le principe que le jugement criminel n'a point d'effet au civil, pas plus que le jugement civil au criminel.

Sous deux points de vue, toutefois, la doctrine anglaise permet d'invoquer au civil le jugement criminel. En premier lieu (*ibid.*, p. 668 et suiv.), le fait même que le jugement a été rendu (*the fact of the mere reddition of the judgment*) peut être invoqué dans une action civile. Ainsi, celui qui intente une action civile pour poursuites injustes, prouve les poursuites par le fait même de la procédure pénale. Outre cette exception, qui, à vrai dire, n'en est pas une, la procédure criminelle peut être invoquée au civil, à titre d'aveu (*ibid.*, p. 657), lorsque l'accusé a, comme nous l'avons vu (n° 385), pris le parti de plaider comme coupable (*upon his plea of guilty*). Ainsi, dans une demande de divorce formée par une femme pour mauvais traitements, les faits ont été considérés comme prouvés par une condamnation pénale rendue contre le mari, *of assault and battery*, le mari ayant plaidé comme coupable : s'il avait plaidé comme non coupable, la condamnation n'eût pu être invoquée au civil.

919. L'autorité irréfragable qui s'attache aux décisions souveraines de la juridiction criminelle, ne s'attache pas également aux simples documents émanés de cette juridiction. Il est certain que les procès-verbaux les plus réguliers, dressés par un officier de police ou par un greffier, ne sont pas des preuves légales devant les juridictions civiles. Un juge civil peut donc, sans excès de pouvoir, refuser d'en-

tendre la lecture des dépositions recueillies dans une instance criminelle. (Rej., 2 juin 1832.) Mais faut-il aller plus loin, et lui refuser d'nne manière absolue la faculté de puiser ses éléments de conviction dans des documents de cette nature ? Un arrêt de cassation du 22 messidor an VII s'était prononcé dans le sens de cette opinion. Il semble au premier abord que, le mode d'instruction étant différent, et le but qu'on se propose bien distinct dans chacune des juridictions, de même qu'on ne peut employer devant les cours d'assises une enquête civile, on ne doit pas être reçu à employer au civil un procès-verbal d'information ou un procès-verbal des débats. Mais la jurisprudence paraît aujourd'hui (Rej., 31 janvier 1859 et 27 mai 1864) reconnaître au juge civil un pouvoir plus large. Aucune disposition légale, en effet, ne limite ses moyens d'information : il peut les puiser dans une autre instance civile ; pourquoi ne pourrait-il pas les puiser aussi dans une instruction criminelle relative aux mêmes faits ? En l'absence de toute prohibition spéciale, ne doit-on pas rechercher la vérité par tous les moyens possibles ? Si on décide le contraire au criminel quant aux documents civils, c'est que la loi a voulu que la conviction de la culpabilité se formât, en général, sur des preuves orales, d'après un débat contradictoire, et non d'après l'examen des pièces d'un dossier. Rien de pareil en ce qui touche la juridiction civile. Il convient donc de laisser à cette juridiction toute latitude pour la recherche des preuves. Il est bien entendu, néanmoins, qu'on ne pourrait se prévaloir, au civil, de dépositions reçues devant un tribunal criminel, si ces dépositions, à raison de la plus grande latitude qui est laissée aux témoins dans l'administration de la justice criminelle, se trouvaient porter, en fait, sur des points que la loi civile défend de prouver par témoins, et notamment si l'on avait déposé de

faits contraires à une présomption légale, faits qui, suivant notre opinion (n° 859), pourraient agir sur la conviction du jury. De même, lorsque la loi civile exige une enquête, comme en matière de séparation de corps, cette enquête suppose les formalités et les garanties de la procédure civile; il ne serait point permis d'y suppléer au moyen d'un procès-verbal d'information, dressé par un juge d'instruction sur les mêmes faits.

QUATRIÈME PARTIE

DE L'EFFET RÉTROACTIF ET DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE PREUVES.

SOMMAIRE. — 920. Distinction des *decisoria* et des *ordinatoria litis*. — 921. Réfutation du système qui applique toujours la loi du temps et du lieu où siège le tribunal saisi de la cause. — 922. Division.

920. L'application aux preuves des règles sur la non-rétroactivité des lois et sur les rapports de nation nation ne donne point lieu, en principe, à de sérieuses difficultés. Lorsqu'il s'agit de savoir laquelle doit être appliquée de deux législations successives dans un même pays, ou bien de deux législations de pays divers, on a depuis longtemps établi une distinction essentielle. « Il y a », dit Merlin (*Répert.*, v° EFFET RÉTROACTIF, sect. 3, § 8), « deux sortes « de formalités judiciaires : les unes qui appartiennent seu- « lement à l'instruction et ne sont relatives qu'à la procé- « dure, raison pour laquelle les jurisconsultes les appellent « *ordinatoria litis;* les autres, qui appartiennent au fond « même de la cause, dont l'omission ou l'absence neutra- « lise ou anéantit l'action, et que les jurisconsultes dé- « signent par les mots *decisoria litis.* » Pour les premières, il faut s'attacher au temps et au lieu où l'affaire a pris naissance. *In modo procedendi,* dit Strykius (*Tract. et Disp.*, tom. II, p. 27), *consuetudo judicii attendenda, ubi lis agitatur. In modo vero decidendi, seu in ipsa causæ decisione, consuetudo litigantium, seu ubi actus est gestus, attendendus.*

On pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il faut ranger dans le premier chef tout ce qui est relatif à la preuve, à raison de l'intime connexion qui unit la preuve avec la procédure. Il est vrai que les lois sur la preuve rentrent dans les moyens d'application du droit, et constituent ce que Bentham appelle des *lois adjectives*. (Voy. n° 4.) Mais la preuve est, par sa nature, contemporaine du fait à prouver, tandis que la procédure est essentiellement postérieure et soumise à des règles à part. Il faut dès lors s'attacher, en principe, quant à l'admissibilité de la preuve (*decisorium litis*), à la loi du temps et du lieu où est intervenu le fait qu'il s'agit de prouver. Au contraire, pour la procédure de la preuve (*ordinatorium litis*), on s'attachera, en principe, comme pour toute autre procédure, à la loi du temps et du lieu où siége le tribunal saisi de la constatation. Un arrêté consulaire du 5 fructidor an IX consacre implicitement cette distinction, lorsqu'il statue en ces termes : « Tout ce qui touche à l'instruction des affaires tant qu'elles « ne sont pas terminées, se règle d'après les formes nou- « velles, sans blesser le principe de non-rétroactivité, que « l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit. »

Il y a cependant un arrêt de cassation, rendu le 4 octobre 1817, aux termes duquel les crimes commis sous une législation antérieure devraient être jugés avec les anciennes formes d'instruction et les garanties qui en résultaient pour les accusés. Mais il ne faut voir là qu'une décision de circonstance, tendant à limiter la juridiction des Cours prévôtales instituées en 1815[1]. Depuis cette époque, la Cour suprême a jugé à plusieurs reprises, notamment par les arrêts

[1] C'est également à raison du caractère exorbitant de la juridiction nouvellement établie, que la loi du 21 thermidor an II voulait que nul ne pût être traduit devant le tribunal révolutionnaire pour des faits antérieurs à sa création.

de rejet du 12 octobre 1848 et du 27 janvier 1855, qu'en toute matière « les lois de procédure et d'instruction sont « obligatoires du jour de leur promulgation, en ce qui con- « cerne les procès commencés comme les procès à naître [1]. » Ainsi que l'a fort bien dit M. Dupin, dans la discussion de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de 1848 : « Lorsqu'en « 1790 on a supprimé tous les anciens tribunaux, et qu'on « a établi le jury en matière criminelle, un homme accusé « d'un fait commis avant ce changement n'aurait pas été « recevable à prétendre qu'il aimait mieux être jugé par « l'ancienne Tournelle criminelle du parlement. Lorsqu'on « a supprimé le jury d'accusation, ceux qui étaient alors en « prévention n'auraient pas pu réclamer qu'on voulût bien « l'employer encore une fois pour eux. » (Voy. dans le même sens le décret de l'Assemblée constituante, en date du 22 janvier 1849.)

921. M. Mittermaïer (*Archives de la jurisprudence en matière civile*, tom. XIII, p. 315) veut, au contraire, qu'on applique toujours la loi du temps et du lieu où siége le tribunal saisi de la contestation. Le principal motif sur lequel il se fonde, c'est que la preuve n'a pour but que de convaincre le juge, et que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par les lois de son pays.

[1] Si dans l'affaire *Cadoudal* les accusés ont vainement demandé à être renvoyés devant la haute Cour impériale, créée par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, c'est que cette Cour n'était pas encore organisée. (Rej., 4 messidor an XII.) La Cour de cassation a posé en principe, par l'arrêt de rejet du 16 avril 1831, « qu'il est de règle, à moins que le législateur « n'en dispose autrement, que les procès criminels dans lesquels il n'y a « pas de jugement définitif et en dernier ressort, doivent être continués « dans les formes et devant les tribunaux nouvellement établis. » Aussi a-t-elle cassé (le 12 septembre et le 27 décembre 1856) des décisions de tribunaux correctionnels qui avaient gardé la connaissance d'appels en matière correctionnelle, malgré le déclinatoire proposé par le ministère public en vertu de la loi du 13 juin 1856, qui a dévolu aux Cours d'appel exclusivement le jugement des appels correctionnels.

Cette doctrine paraît avoir été admise en Angleterre, par la Chambre des lords, d'après le principe posé par lord Brougham : *The law of evidence is the* LEX FORI. (Story, *Conflict of laws*, § 635 *b*.) Le principe est vrai en ce sens qu'il n'est pas permis d'emprunter au droit ancien, ou aux lois étrangères, des modes de vérification absolument réprouvés par la loi en vigueur dans le pays où siége le tribunal. Ainsi, lorsque le *congrès* a été aboli en France (n° 112), on n'aurait pu en demander l'application aux causes antérieures à cette abolition; et alors même qu'il subsistait en France, une femme française n'eût pu le réclamer contre son mari, dans un pays où il était repoussé, sous prétexte que son statut personnel l'y autorisait formellement. Et il y avait évidemment lieu d'appliquer la même décision lors de l'abolition du combat judiciaire. Mais ce sont là des hypothèses tout à fait exceptionnelles. En général, les dispositions de la loi qui proscrivent certaines preuves n'ont qu'une force toute relative; elles rejettent ces preuves comme dangereuses dans certains pays et dans certains temps, et non comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il n'y a donc rien qui contrarie le système de la loi, dans l'application de ces mêmes preuves à une époque où ces restrictions n'avaient pas été jugées nécessaires, ou bien à des étrangers dans le pays desquels ces restrictions sont inconnues. Nous pensons que c'est prendre l'exception pour la règle, que d'adopter cette doctrine nouvelle, opposée à la jurisprudence la plus générale, et qui nous semble contraire à l'équité. Car est-il raisonnable de soumettre celui qui contracte aujourd'hui aux lois qui régiront l'avenir, ou celui qui contracte en Angleterre aux lois qui régissent la France?

922. Voyons avec quelles modifications doivent s'appliquer les principes que nous venons de poser, d'abord aux

faits passés sous l'empire des lois anciennes, puis aux relations internationales.

PREMIÈRE SECTION.

EFFET RÉTROACTIF[1].

SOMMAIRE. — 923. Application de la loi ancienne quant à l'admissibilité de la preuve. — 924. De la loi nouvelle quant à la procédure de la preuve. — 925. Cas où la preuve est repoussée d'une manière absolue. — 926. Dispositions transitoires sur les enfants naturels. — 927. Principes sur l'effet rétroactif en matière pénale.

923. Il résulte de la distinction que nous avons établie entre les points qui touchent le fond du procès et ceux qui ont trait seulement à la forme, que lorsqu'il s'agit de l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve, notamment de la preuve testimoniale, il faut se reporter à l'époque où sont intervenus les faits dont on veut établir l'existence : *Tempus regit actum*, dit M. de Savigny. (*Droit romain*, p. 388.) L'adoption virtuelle par les parties de certains modes de preuve, pour constater ce qui s'est passé, est elle-même une convention implicite, sur laquelle la loi nouvelle ne doit pas réagir[2]. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans une foule de cas, notamment par un arrêt de rejet du 16 août 1831, où elle pose en principe « que le mode de preuve « d'une convention ne tient point à la forme de procéder; « qu'il se rattache essentiellement au fond; que, par con- « séquent, c'est la loi du temps où les parties font remon-

[1] Au cas où un acte législatif serait entaché du vice de rétroactivité, il faudrait décider avec la Cour de cassation (arr. du 15 avril 1862) : « Que « le principe de l'art. 2, C. civ., n'est point, dans l'état actuel de la légis- « lation, une règle constitutionnelle dont la violation doive faire annuler « de plein droit la loi ou le règlement d'administration publique auquel le « vice de rétroactivité pourrait être reproché; qu'une telle disposition, « s'il s'en trouvait en certaines matières, devrait être obéie, sauf au « législateur lui-même à aviser. »

[2] Ainsi, en ce qui concerne le double écrit, dans les pays où la théorie des doubles n'était pas admise (n° 684), on ne saurait appliquer cette théorie à la rédaction de contrats antérieurs au Code. (Rej., 4 janvier 1814.)

« ter cette convention qui doit être consultée. » Dans une autre espèce, où il pouvait y avoir plus de doute, puisqu'il s'agissait de prouver non plus une convention, mais la possession d'un droit d'usage, la même Cour a également décidé (Rej., 23 mai 1832) que « le mode de preuve de faits « de possession, tenant au fond du droit, devait se régler « par la loi du temps auquel ces faits se rapportaient. » La preuve du mariage est également régie par la loi de l'époque où le mariage a été contracté. (Merlin, *Quest. de droit*, v° MARIAGE, § 8.) La Cour de Bruxelles a appliqué le même principe (arr. du 15 février 1810) à la preuve même d'un point de droit, en autorisant les parties à établir par actes de notoriété l'ancienne jurisprudence du comté de Namur sur un point contesté, les faits s'étant passés sous l'empire de la coutume de ce comté. Quelque étrange que paraisse ce mode de preuve dans nos habitudes modernes, on n'eût pu en refuser l'administration, dans l'espèce, sans commettre un déni de justice. (Voy. aussi Bruxelles, 24 juillet 1810.)

924. Au contraire, lorsqu'il s'agit des règles qui régissent la procédure de la preuve, la loi nouvelle est seule applicable, quant aux demandes formées depuis sa promulgation. C'est ainsi que le mode d'administration de la preuve testimoniale, pour des faits qui se sont passés sous l'empire des lois antérieures, doit être régi par le Code de procédure, lorsque l'enquête s'ouvre sous l'empire de ce Code. Quant aux procès intentés antérieurement [1], une disposition formelle du Code de procédure civile (art. 1041) maintient l'application des lois anciennes, et la loi du 28 mai 1838

[1] Toutefois, aux termes d'un avis du Conseil d'État du 16 février 1807, les appels, saisies, etc., formés depuis la mise en vigueur du Code de procédure, sont le *principe d'une nouvelle procédure qui s'introduit à la suite d'une précédente*, et doivent dès lors être exclusivement régis par ce Code.

(disp. prélim.) est conçue dans le même esprit, lorsqu'elle n'applique le nouveau mode de règlement des faillites qu'à celles qui seraient déclarées depuis sa promulgation. Si des convenances pratiques peuvent justifier de pareilles décisions transitoires, il faut néanmoins le reconnaître, ce n'est point là l'application rigoureuse des principes de la matière, les procès commencés ne constituant point un droit acquis à telle ou telle forme d'instruction. Nous ne saurions, en effet, souscrire à la doctrine soutenue par Réal, dans l'exposé des motifs de la loi transitoire du 26 germinal an XI, doctrine suivant laquelle *le droit est acquis à celui qui a formé la demande*. Le jugement seul constitue un droit acquis. Aux termes de la Novelle 19, la loi nouvelle doit seulement respecter ce qui a été terminé *decreto judicum*, et la législation ancienne et moderne est en ce sens. (Voy. loi du 14 floréal an XI, art. 5; C. civ., art. 1211, 1262, 1263.) En décidant que les demandes en divorce formées antérieurement à la publication du Code civil continueraient à être instruites *conformément aux lois qui existaient lors de la demande*, lois si faciles pour le divorce, la loi du 26 germinal avait pour but, non de consacrer un principe, mais de ménager la transition entre la législation révolutionnaire et celle du Code civil. Y eût-il un droit acquis au divorce, il ne pouvait certes y avoir droit acquis à l'instruction de la demande en divorce suivant telle ou telle forme. La loi abolitive du divorce nous paraît, au contraire, n'avoir fait qu'user du droit qui appartient au législateur, lorsqu'elle a converti les instances en divorce pour cause déterminée en instances en séparation de corps, et annulé tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel. (Loi du 8 mai 1816, art. 2 et 3.)

En conséquence, suivant la doctrine de Merlin (*Répert.*, v° EFFET RÉTROACTIF, sect. 3, § 7, n° 1), « si la loi non-

« velle n'en dispose pas autrement, c'est par elle que doi-
« vent être réglés, dans les procédures commencées avant
« sa publication, tous les actes qui se font postérieure-
« ment. » C'est ce qu'a décidé effectivement la Cour de cassation, en appliquant aux instances déjà commencées les formes introduites par le Code civil quant à l'expertise en matière de rescision de vente pour cause de lésion. (Rej., 23 février 1807 et 23 juillet 1831.) Il en serait autrement, aux termes d'un arrêt de rejet du 22 juillet 1806, si l'expertise même était déjà commencée, parce qu'alors, ainsi que l'a dit le ministère public à la Cour de cassation, « un acte de procédure composé de plusieurs procédés, « comme l'acte le plus simple, doit être achevé selon les « lois qui ont présidé à son commencement, sans quoi il y « aurait *destruction de choses faites*, et sous ce rapport, alté-« ration de droits acquis. »

925. Toutefois, ainsi que nous l'avons remarqué (n° 921), certaines preuves peuvent être repoussées par la loi d'une manière absolue, comme présentant plus de scandale que d'avantage réel; et alors la loi nouvelle reçoit son application, même aux intérêts qui avaient pris naissance avant qu'elle fût promulguée. C'est ce qui est incontestable au cas où le mode de preuve lui-même est supprimé comme immoral, ainsi que cela est arrivé lors de l'abolition du congrès par le parlement de Paris. De même, dans le système que nous avons adopté avec la Cour de cassation, et suivant lequel on n'est point reçu à rechercher une filiation incestueuse ou adultérine, même à l'effet d'obtenir des aliments (n°s 212 et 571), il n'est point permis de faire constater par les tribunaux civils les incestes ou adultères, même commis sous l'empire des anciennes lois, pas plus qu'il ne le serait, en pareille hypothèse, de diriger contre l'inceste des poursuites criminelles. La Cour de Grenoble s'est pro-

noncée en ce sens le 12 juin 1831 ; en rejetant le pourvoi contre cette décision (le 6 février 1833), la Cour de cassation, sans aborder la difficulté au fond, s'est attachée à une fin de non-recevoir, puisée dans la législation transitoire dont nous allons nous occuper.

926. Quant à la filiation simplement naturelle, le scandale est moins grave, et l'on comprendrait que la preuve, à cet égard, demeurât régie par la loi de l'époque à laquelle remonte la filiation qu'il s'agit de constater. Néanmoins, Merlin (*Questions de droit*, v° LÉGITIMITÉ, § 2), tout en reconnaissant qu'en thèse générale la preuve de la filiation doit être régie par la loi ancienne, admet des règles à part pour la recherche de la paternité naturelle, qu'on ne saurait autoriser par cela seul qu'elle eût été permise lors de la naissance de l'enfant, sans contrevenir à un principe d'ordre public. Au surplus, pour la période qui sépare l'ancienne législation de la promulgation du Code civil, des règles spéciales ont été posées par la loi du 12 brumaire an II [1]. Les dispositions de cette loi, qui la première a prohibé la recherche de la paternité naturelle (n° 222), distinguent trois classes d'enfants naturels : 1° ceux dont le père était mort avant la publication des lois qui ont donné à ces enfants des droits de succession : à leur égard, point de rétroactivité [2] ; ils n'ont droit qu'à des aliments, mais ils peuvent rechercher la paternité par tous les moyens admis dans l'an-

[1] Cette loi devait faire partie du Code civil, dont s'occupait alors la Convention. C'est ce qui explique pourquoi on y renvoyait au Code civil, dont on regardait la promulgation comme prochaine, mais qui n'a été publié, par le fait, que dix ans plus tard. Ce retard, qu'était loin de prévoir le législateur, a tenu en suspens bien des intérêts, qui se sont trouvés déterminés après coup, non-seulement quant à leur quotité, mais quant à leur preuve même, par la législation nouvelle.

[2] Du moins d'après la loi du 15 thermidor an IV, abolitive des dispositions qui faisaient remonter l'effet de la législation révolutionnaire au 14 juillet 1789.

cienne jurisprudence (Cass., 14 thermidor an VIII) ; 2° ceux dont le père a survécu à la publication des mêmes lois, mais était mort lors de la promulgation du Code civil : pour ceux-là, ils profitent du bénéfice du droit intermédiaire, mais à condition de prouver leur filiation, soit par des écrits publics ou privés, soit par la possession d'état [1]. (Loi de brumaire, art. 8.) Par une sorte de compensation, peu conforme aux principes d'une stricte justice, la loi de brumaire a été plus sévère pour la preuve de la filiation, en même temps qu'elle attachait à cette filiation des avantages considérables. Il y aurait eu contradiction à accorder des aliments, conformément aux principes de l'ancien droit, à l'enfant qui aurait établi la paternité au moyen de la preuve testimoniale, et à refuser à ce même enfant les droits successifs [2] ; or, précisément on n'a pas voulu aller jusque-là. (Merlin, *loc. cit.* ; Cass., 25 mars 1806.) 3° Ceux dont le père a survécu à la promulgation du Code civil, et dont le sort est entièrement réglé par ce Code, tant pour l'étendue que pour la preuve de leur droit. (Loi de brumaire, art. 10 ; loi du 14 floréal an XI, art. 1er.) Néanmoins la promulgation du Code civil n'a pu porter atteinte aux conventions et aux jugements passés en force de chose jugée. (Même loi du 14 floréal an XI, art. 3.)

Il faut remarquer de plus, quant à la condition prescrite par le Code civil pour la reconnaissance des enfants naturels,

[1] Cette disposition, invoquée par l'opinion qui admet la preuve de la paternité naturelle au moyen de la possession d'état, prouve en réalité contre cette opinion, puisque le législateur de brumaire n'admet la possession d'état que dans la période de transition. (Voy. n° 222.)

[2] Si l'enfant avait déjà intenté l'action en recherche de la paternité avant la publication de la loi de brumaire, la Convention a décidé, par un décret du 4 pluviôse an II, qu'il conservait le droit de suivre cette action. Cette décision, sans être conforme à la rigueur du principe (n° 924), se conçoit comme tempérament à une législation véritablement entachée de rétroactivité.

l'authenticité, qu'il suffit qu'elle existe suivant les formes usitées à l'époque de la rédaction de l'acte. De même qu'on dit dans les relations internationales : *Locus regit actum*, il faut dire ici : *Tempus regit actum*. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par un arrêt de rejet rendu, sections réunies, le 14 floréal an XII, dans une espèce où le titre de reconnaissance de l'enfant était son acte de naissance, dressé, en 1787, par le prêtre qui remplissait alors les fonctions d'officier de l'état civil. (Voy. en ce sens une dissert. dans Devilleneuve, 1831, part. I, pag. 132.)

927. En matière criminelle, le principe que la preuve doit être celle du temps où les faits se sont passés, reçoit son application toutes les fois qu'il s'agit de questions civiles préjudicielles, comme pour la preuve d'un dépôt, au cas de prévention d'abus de confiance. Mais la preuve d'un délit, soit devant les tribunaux criminels, soit même devant les tribunaux civils, ne peut être régie que par la loi nouvelle. Il ne s'agit pas ici de savoir quelle preuve les parties ont dû avoir en vue. La loi nouvelle, lorsqu'elle rend la preuve plus facile pour le ministère public ou pour la partie lésée, ne tient pas compte de l'espoir illicite qu'a pu concevoir le coupable de n'être pas découvert, d'après les dispositions de la loi existante. Ainsi, la maxime *Testis unus, testis nullus*, n'a pu être invoquée par ceux qui avaient commis un délit en présence d'un seul témoin, depuis que le droit moderne l'a complétement repoussée. (Voy. n° 933.) Si, au contraire, on interdit à l'accusation des moyens de preuve regardés jusqu'alors comme suffisants, on ne devra pas les employer pour les faits passés, plus que pour les faits présents. Et ici l'intérêt de l'accusé est d'accord avec la raison, pour rendre la loi nouvelle applicable. Ainsi la règle qui ne permet d'invoquer contre le prévenu de complicité en matière d'adultère que le flagrant délit ou la correspondance (C. pén.,

art. 338), a dû recevoir son application même aux adultères commis avant la promulgation du Code pénal.

DEUXIÈME SECTION.

DROIT INTERNATIONAL [1].

SOMMAIRE. — 928. Principes généraux de la matière. — 929. Règle *Locus regit actum*. — 930. Son application aux actes authentiques. — 931. Aux actes sous seing privé. — 932. Aux livres de commerce. — 933. A la preuve testimoniale. — 934. Aux présomptions. — 935. A la prestation de serment. — 936. Recherches repoussées d'une manière absolue. — 937. Droit international sur la preuve en matière criminelle. — 938. Vœu pour l'unité de législation.

928. On a admis depuis longtemps en France que les règles sur la preuve quant au fond tendant *ad litis decisionem* (n° 920), il faut suivre, à cet égard, la loi du pays où les parties ont contracté. Soit que l'on considère les règles sur la preuve comme des formalités *extrinsèques*, ou bien comme des formalités *intrinsèques* se référant à une convention tacite, c'est à la loi du pays qu'il faut s'attacher, tandis que les formalités *habilitantes* sont réglées par la loi du domicile, et les formalités d'*exécution* par la loi du tribunal où l'on plaide [2]. Danty (Add. sur le chap. Ier de Boiceau, § 11) nous

[1] Voyez le livre II, titre III, du *Traité du droit international privé*, par Fœlix, ouvrage que doit consulter quiconque veut approfondir les rapports de la France avec les autres pays de l'Europe sous le point de vue du droit privé, surtout depuis les développements qu'il a reçus dans l'édition qu'en a donnée, en 1856, notre ancien collègue M. Demangeat. Dans le tome VIII de son *Traité de droit romain*, M. de Savigny pose avec autorité les principes du droit international. Enfin, la 7e édition du *Conflict of laws*, de M. Story (Boston, 1865), est ce qu'il y a de plus utile à consulter sur l'état actuel du droit anglais et américain en cette matière.

[2] Cette distinction semble avoir été méconnue dans un jugement de la Chambre des lords, cité par M. Story (§ 635, *b* et *c*), auquel nous nous sommes déjà référé. (N° 921.) Lord Brougham, en prononçant ce jugement, dit que la loi de la preuve est la *lex fori*; il soumet également à la compétence du tribunal saisi de la cause la discussion des reproches (*competency of a witness*), qui se rattache aux formalités d'exécution, et l'admissibilité de la preuve par témoins ou par écrit (*whether a certain matter requires to be proved by writing or not*), question de preuve proprement dite.

rapporte que deux arrêts autorisèrent, dès le seizième siècle, des Anglais plaidant en France à prouver par témoins un contrat passé en Angleterre dont l'objet avait une valeur de plus de cent livres. Il en eût été autrement, suivant le même auteur, s'il s'était agi de deux Anglais qui eussent contracté en France, parce qu'ils seraient censés avoir contracté suivant la loi du pays où ils faisaient leurs conventions. « Inutilement », dit Merlin (*Répert.*, v° Loi, § 6, n° 2), « prétendrait-on que cette règle ne doit avoir lieu que dans « les cas où les contractants sont citoyens ou sujets du pays « où ils traitent ensemble. Quelle serait, dans ce système, « la loi qui devrait interpréter un contrat passé en France, « entre un Espagnol et un Allemand? » C'est ainsi que M. Story (*Conflict of laws*, § 630) déclare nul, même en Écosse, un acte fait en Angleterre conformément à la loi écossaise, mais contrairement à la loi anglaise. Au contraire, un Anglais serait reçu à se prévaloir d'une convention passée en pays étranger, suivant la *lex loci*, bien que non conforme à la loi anglaise [1]. Les actes, suivant Paul de Castre (Cons. 13), reçoivent l'être dans le lieu où ils sont passés. *Statutum afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi oriri et nasci.* « Chaque pays », dit Merlin (*Répert.*, v° Preuve, sect. 2, § 3, art. 1, n° 3), « a ses lois pour les « formes probantes des actes, et ces lois sont toutes fondées « sur des motifs différents. Ici, la preuve testimoniale est « admise indistinctement, parce que le législateur a pré- « sumé beaucoup de la véracité de ses sujets ; là, elle est « restreinte dans de certaines bornes, parce que l'expé-

M. Story ne rapportant ni le texte ni même la date du jugement, nous ne pouvons vérifier si la décision de la Cour a toute la portée que lui prête lord Brougham.

[1] Voyez aussi les autorités et les précédents judiciaires cités par Merlin. (*Répert.*, v° Preuve, sect. 2, § 3, art. 1, n° 3.)

« rience a prouvé que les habitants s'écartent souvent de la « vérité ; dans un autre pays, elle est presque réduite à rien, « parce qu'on s'est aperçu que la bonne foi y était encore « plus rare. Ainsi, tout dépend, en cette matière, de l'opi- « nion que chaque législateur a eue de ses sujets, et par con- « séquent les lois relatives à la forme probante des actes « sont fondées sur des raisons purement locales et particu- « lières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu « où un acte a été passé qui puisse en attester la vérité ; « celles du domicile des parties ou de la situation des biens « n'ont pas ce pouvoir, parce que les raisons qui ont déter- « miné leurs dispositions sont toutes différentes de celles « qui ont dicté les formalités prescrites dans le lieu du con- « trat. » Le fond et les effets des obligations, aux termes de l'article 9 du Code civil italien, sont censés réglés par les lois du lieu où les actes se sont faits. Telle était la doctrine de Dumoulin[1] (Consult. 43) : « Est omnium doctorum « sententia, ubicumque consuetudo vel statutum locale dis- « ponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros « actum illum gerentes. » Il faut supposer néanmoins que les contractants n'ont pas été exprès en pays étranger pour éluder la loi de leur domicile. Sous cette réserve, le principe général est universellement admis. (Cass., 23 février 1864.)

Dumoulin ajoute : *Et gestum esse validum et efficacem ubique, etiam super bonis soli extra territorium consuetudinis vel statuti.* » Mais pourrait-on également se conformer pour les immeubles à la loi de la situation, ainsi qu'on le fait en Angleterre, en

[1] M. de Savigny pense que c'est au seizième siècle qu'a été généralement admise la règle *Locus regit actum*, règle que l'on a voulu faire dériver de certains textes du droit romain, tels que la loi 34, Dig., *De usuris*; mais ces textes sont relatifs à la matière plutôt qu'à la forme des contrats. (Savigny, tom. VIII, § 382.)

Écosse et aux États-Unis (Story, *Conflict of laws*, § 435, 474, 478) ; pour les meubles, à la loi du domicile ? Suivant une opinion conciliatoire, admise par beaucoup d'auteurs, depuis Godefroi jusqu'à Mittermaïer, l'emploi de la règle *Locus regit actum* est purement facultatif. On peut invoquer en ce sens la disposition de l'article 999 du Code civil, lequel, nous allons le voir, autorise le Français qui dispose en pays étranger à employer, à son choix, la forme olographe, même lorsqu'elle est repoussée par le statut local, ou les formes usitées dans la localité. Mais la jurisprudence considère cette disposition comme étant de pure faveur, et n'autorise point, à l'inverse, l'étranger qui dispose en France à se contenter des formes usitées dans son pays, notamment pour un testament olographe. (Rej., 9 mars 1853.) Elle adopte dès lors en principe la théorie de Merlin, qui s'attache d'une manière absolue au *locus actus*. Comme le fait très-bien observer Grotius (epist. 467), c'est lorsqu'il s'agit de la capacité ou de la disponibilité qu'il faut s'attacher soit au domicile, soit à la situation des biens.

Néanmoins, il ne faut pas confondre avec les formalités probantes celles qui ont trait à l'exécution. Pour ces dernières, ainsi que nous l'avons dit en commençant, il faut s'attacher exclusivement au *locus rei sitæ*. C'est ainsi que les formalités prescrites pour la transmission de la propriété immobilière, notamment la transcription (Fœlix, n° 96), sont exclusivement régies par le tribunal de la situation. (C. civ., art. 3.)

Au surplus, en vertu du droit rigoureux de souveraineté, comme le fait observer M. de Savigny dans les développements importants qu'il consacre à cette matière (*Traité de droit romain*, tom. VIII, § 348 ; voy. aussi Story, § 18 et suiv.), on pourrait enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, et telle est, en effet,

la théorie adoptée par Mittermaïer (*Arch. de jurisp. civile*, tom. XIII, pag. 315 et 316), et par lord Brougham (p. 521, not. 1); mais par une juste déférence, *comiter*, suivant l'expressions des anciens auteurs (Huberus, *De conflictu legum*, liv. I, tit. 3, § 2), les états autorisent les tribunaux à puiser leurs décisions dans une législation étrangère, lorsque l'intention présumée des parties [1] ou l'utilité générale réclament ce procédé.

929. Occupons-nous d'abord de ce qui concerne la preuve littérale. Lors de la rédaction du Code civil, on avait proposé d'y insérer ce principe général : « La forme des « actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont « faits ou passés. » Si cette disposition n'a pas été convertie en loi chez nous, comme elle l'a été dans d'autres pays (loi prussienne, part. I, tit. V, § 3; loi hollandaise de 1829, art. 10), ce n'est pas qu'on l'ait contestée au fond, c'est que, d'une part, on l'a jugée inutile en France, où la même législation régit aujourd'hui tout le territoire ; et que, d'autre part, dans les relations internationales, on a craint, si on la posait ainsi d'une manière générale, qu'elle ne fût appliquée abusivement, même aux conditions de validité intrinsèque, lesquelles ne sauraient être régies par le statut local, puisque les formalités habilitantes (voy. n° 928) se rattachent essentiellement à la personne de l'auteur de l'acte. Il faut donc généraliser le principe posé, en matière de testaments, par l'arrêt de rejet du 9 mars 1853, aux termes duquel « tout ce qui tient à l'état du testateur, à l'étendue « et à la limite de ses droits et de sa capacité, est régi par « le statut personnel, qui suit la personne partout où elle « se trouve : il en est autrement de la solennité de l'acte et

[1] M. Story fait toutefois observer avec raison (§ 38, *a*) que, lorsqu'il s'agit d'interpréter la volonté des parties, l'application de la loi étrangère n'est plus simple déférence, mais bien justice.

« de sa forme extérieure, qui sont réglées par la loi du pays « où le testateur dispose. »

Au surplus, le Code a fait lui-même l'application de cette règle, en ce qui concerne les actes de l'état civil (art. 47) et les testaments. (Art. 999.) Il est facile de comprendre combien cette règle a d'utilité pratique. Qu'un Prussien, par exemple, tombe malade en France, s'il lui était interdit de suivre les formes françaises, il se trouverait dans l'impossibilité de faire son testament, puisque, d'après la loi de son pays, il ne peut tester que devant un tribunal, et qu'il ne trouverait aucun tribunal en France pour recevoir son testament.

930. Voyons d'abord ce qui concerne les actes authentiques. « Les actes passés en pays étranger », dit Merlin (*Répert.*, v° CONVENTIONS MATRIMONIALES, § 1), « devant « les officiers publics des lieux..., sont considérés, en « France même, comme des écritures publiques : ils y font « foi jusqu'à inscription de faux. » « Il est du droit des « gens », dit le nouveau Denisart (v° HYPOTHÈQUES, § 3, sect. 4, n° 15), « que ce qui est authentique dans un pays « le soit chez toutes les nations. » Il n'est donc pas exact de dire d'une manière absolue, avec Mornac (sur la loi dern. D., *De jurisp.*; n° 11) : « Obligatio extra Galliam con- « tracta, pro simplici chirographo est in Gallia [1]. » Cela n'est vrai que de la force exécutoire, force qui n'a rien de commun (n° 467) avec l'authenticité intrinsèque, reconnue, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, aux actes reçus à l'étranger suivant les formes du pays [2]. Ainsi, la Cour de

[1] La même confusion se retrouve dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629, aux termes duquel les contrats reçus ès royaumes étrangers ne doivent avoir aucune hypothèque ni exécution en France (voy. la note suiv.), et *tiennent lieu de simples promesses.*

[2] C'est en confondant ainsi l'authenticité avec la forme exécutoire que l'article 2128 du Code civil ne veut point que les contrats passés en pays

cassation (Rej., 16 juin 1829) a déclaré régulier, conformément au concile de Trente, un acte de mariage signé à la Havane par le desservant, bien qu'il ne fût signé ni des parties ni des témoins.

Il s'est élevé toutefois une grave difficulté au cas où la loi française n'exige point seulement l'authenticité, mais certaines formes spéciales, par exemple, l'assistance de notaires, lorsqu'il s'agit d'un testament par acte public. (C. civ., art. 971.) Nous l'avons déjà remarqué (n° 464), l'institution du notariat, tel qu'il est organisé chez nous, est loin d'être universelle en Europe. Ainsi, en Angleterre, il n'y a pas d'officiers publics pour la rédaction des testaments; il suffit de la signature du testateur et de deux témoins, qui viennent déposer, après le décès, devant la Cour ecclésiastique, qu'ils ont entendu le testateur manifester ses dernières volontés. (Stat. I de Vict., chap. XXVI, sect. 9.) Le Code de la Louisiane (art. 1574, 1575) admet des testaments *nuncupatifs sous signatures privées*, dictés par le testateur en présence de cinq témoins et écrits par l'un d'eux. Néanmoins la Cour de cassation a reconnu (Rej., 6 février 1843) la validité du testament d'un Français fait en Angleterre, dont la preuve avait été ainsi établie [1]. Elle a également admis (Rej., 3 juillet 1854) la validité d'un testament fait suivant les prescriptions du Code de la

étranger puissent donner hypothèque sur les biens de France. Cette disposition, rationnelle dans l'ancien droit, suivant lequel une hypothèque générale résultait de la forme seule des actes notariés, ne se comprend plus aujourd'hui que l'hypothèque est spéciale et ne résulte que d'une convention expresse, convention qu'un officier étranger a qualité pour recevoir, aussi bien que s'il s'agissait d'une vente ou d'un échange. L'article 1990 du Code civil italien se borne à soumettre à la légalisation les actes passés en pays étranger, qui sont présentés pour l'inscription.

[1] Cette affaire se trouvait régie par un statut plus ancien, qui exigeait trois ou quatre témoins : différence qui n'a aucune importance quant au fond de la question.

Louisiane. (Voy. aussi Rej., 28 février 1854 et 17 août 1858.)

Suivant ces arrêts, il faut entendre par l'authenticité, non les formes propres à nos actes notariés, mais les solennités, quelles qu'elles soient, usitées dans le lieu où le Français a disposé. Reste une question préalable[1], c'est celle de savoir si, en pareil cas, la date du testament ne doit pas contenir la mention du lieu où il a été fait : autrement, dit-on, on pourrait tester en France en employant les formes étrangères. Il est vrai que chez nous la loi du 25 ventôse an XI (art. 12) exige la mention du lieu où les actes sont passés. Mais, puisque nous partons du principe *Locus regit actum*, si le statut local n'exige point la mention du lieu (ce qui arrivait pour la loi anglaise quant au testament), il n'est pas possible d'exiger cette mention en vertu de la loi française, sauf pour les juges la faculté de rechercher si effectivement l'acte a été passé en pays étranger.

931. L'application des formes locales est plus contestable en ce qui touche les actes sous seing privé. Chacun pouvant faire de pareils actes par soi-même, sans l'assistance d'officiers publics, on pourrait soutenir qu'ils doivent être régis par la loi du domicile des parties contractantes. Telle était autrefois, quant au testament olographe, la doctrine de certains auteurs, notamment du président Bouhier (*Cout. de Bourgogne*, chap. XXVIII, n° 20), doctrine qui semble confirmée par l'article 999 du Code civil, aux termes duquel le Français qui se trouve en pays étranger est autorisé, quel que soit le statut local, à faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature

[1] Dans l'espèce de l'arrêt du 1er février 1843, il a été décidé, en fait, que les énonciations de l'acte prouvaient qu'il avait eu lieu à Londres. Dans les autres espèces, on n'a point contesté le lieu de la confection du testament.

privée. Mais ce système, en le supposant applicable aux testaments, ne saurait être appliqué d'une manière générale aux actes sous seing privé ; car, s'il s'agissait d'un contrat synallagmatique fait à Paris entre un Anglais et un Allemand (voy. n° 928), à quelle législation se référer pour la preuve? Il faudrait bien s'attacher au *forum contractus*. Quant au testament olographe même, la règle de l'article 999 est une faveur toute spéciale pour le Français qui se trouve en pays étranger. Dans les rapports des diverses provinces de l'ancienne France, on appliquait constamment autrefois la règle *Locus regit actum*, quand celui qui testait dans un ressort se trouvait domicilié dans un autre. (Arr. du parlement de Paris du 15 juillet 1777; Rej., sect. réunies, 15 pluviôse an II.) Cette doctrine se rattachait alors aux idées de la féodalité, qui réputait sujet temporaire tout individu résidant dans le pays. Aujourd'hui elle se rattache à la volonté présumée du disposant. En conséquence, on permet bien à l'étranger qui teste en France d'employer la forme olographe, encore qu'elle ne soit point reçue dans son pays (Rej., 25 août 1847); mais on ne lui permet point d'exciper de la qualité d'étranger pour valider un testament par acte privé fait en France qui n'est point conforme à la législation française, et notamment qui n'est point écrit en entier de sa main. (Rej., 8 mars 1853.)

932. La foi des livres de commerce se juge d'après la loi des lieux où les livres sont tenus. L'étranger qui traite avec un négociant dont les livres ont une foi plus ou moins étendue, est censé se référer à l'usage local. Cette doctrine, consacrée par M. de Savigny (*ibid.*, § 381), d'après la jurisprudence prussienne (arrêt de 1826 de la Cour suprême de Cassel), est de nature à être admise dans tous les pays.

933. La preuve testimoniale est régie par les mêmes principes que la preuve écrite. « Celui qui offre la preuve

« testimoniale d'un engagement ou d'une disposition de « dernière volonté [1] », dit Fœlix (n° 233), « prétend em- « ployer ce moyen de preuve pour remplacer la preuve « plus claire et plus précise qui résulte d'actes écrits : il « prétend, pour ainsi dire, construire par les dépositions « des témoins un acte identique à celui qui existerait par « écrit, si la partie qui a pris l'engagement, ou qui a fait « la disposition, l'avait immédiatement rédigé par écrit. » D'où la conséquence qu'il faut se référer au *statut local*, quant à l'admissibilité de la preuve par témoins, soit qu'il s'agisse de la preuve de conventions non constatées par écrit, soit qu'il s'agisse de la preuve contre et outre le contenu aux actes : c'est ce qu'a décidé, pour l'admission de la preuve testimoniale entre musulmans en Algérie, l'arrêt de rejet du 20 juin 1864. Néanmoins, cette règle doit se combiner avec celle suivant laquelle tout ce qui concerne la forme et l'instruction est régi par la loi du pays où l'affaire est pendante. Ainsi, quand une commission rogatoire est adressée par un tribunal étranger à un juge français, ce juge doit diriger l'enquête d'après les formes de la loi française, et, quant au fond, il doit s'attacher aux prescriptions de la loi qui régit les conventions des parties. Il en est de même, à l'inverse (Pau, 29 avril 1861), pour les commissions rogatoires adressées par un tribunal français à un tribunal étranger. Dans la formule des lettres rogatoires délivrées par le président des États-Unis (M. Greenleaf, tom. I, p. 430, note 1), le juge est invité à entendre les témoins suivant la forme usitée dans le pays : *By the proper and usual process of your court.*

[1] Le Code bavarois (liv. III, ch. III, art. 10) admet un testament nuncupatif en présence de sept témoins; et le Code prussien (tit. XII, part. I, art. 172), la faculté d'engager valablement son héritier, de vive voix et devant témoins, à payer des legs jusqu'à concurrence du vingtième de la succession.

Les condamnations à des peines emportant incapacité de témoigner, prononcées en pays étranger, n'emportent point incapacité de déposer en France, suivant le principe général qui borne l'effet des condamnations pénales aux limites de la souveraineté sous l'empire de laquelle elles ont été prononcées. Ainsi, nonobstant le lien fédéral qui unit les divers États de l'Amérique du Nord, on admet que la sentence rendue dans un de ces États n'emporte point incapacité de témoigner dans un autre, sauf au jury à tenir compte des précédents moraux du témoin. (M. Greenleaf, tom. I, p. 496.)

934. Pour les présomptions simples, comme pour la preuve testimoniale, il faut s'attacher à la loi du pays où se sont passés les faits litigieux. (Fœlix, n° 237.) La question est plus délicate pour les présomptions légales. A part les règles particulières du droit international sur l'autorité de la chose jugée, il semble que le tribunal ne saurait être astreint à suivre la présomption puisée dans une loi étrangère qu'au cas où elle se rattacherait au statut personnel, comme la présomption de paternité pour le mari. Dans toute autre hypothèse, nous pensons, avec M. Story (§ 630, *a*), que la présomption légale ne peut être puisée que dans la loi du pays où l'affaire est jugée [1].

935. La prestation de serment donne aussi lieu assez fréquemment, dans le droit international, à la délivrance de commissions rogatoires. Nul doute que la question de l'admissibilité du serment ne doive être réglée par la loi qui régit au fond la contestation, et non par celle du pays où siége le juge appelé à le recevoir. Mais la formule du serment doit-elle être considérée comme *decisoria litis?*

[1] M. Greenleaf (tom. I, § 29 et 30) part de ce principe, en traitant de la présomption de survie, non admise par le droit commun anglais, dans l'hypothèse des *commorientes*.

Dira-t-on que la forme et le fond sont inséparables, la législation étrangère ne regardant certaines déclarations comme probantes qu'autant qu'elles sont reçues suivant un mode déterminé? Il est certain que l'autorité du serment, dépendant de l'opinion religieuse des parties, peut se trouver plus ou moins affaiblie, suivant que la formule sera conçue dans tel ou tel sens. En Belgique, notamment, le mode de serment est pour les catholiques : « Ainsi Dieu « m'aide et ses saints! » et pour les protestants : « Ainsi « Dieu m'aide et son saint Évangile! » Quand un tribunal français est chargé par un tribunal de Belgique de recevoir le serment suivant les formes de ce pays, doit-il y substituer la formule générale de la loi française? Le tribunal de commerce de la Seine l'a décidé en principe le 6 août 1833 : « Attendu, en droit, que les tribunaux français ne peuvent « être assujettis à recevoir un serment que dans les formes « ordinaires et accoutumées, et suivant l'usage du royaume. » En fait, le serment fut prêté suivant la forme belge, du consentement de la partie à qui on le déférait. Mais, si cet accord n'avait pas eu lieu, la décision du procès pouvait devenir impossible, au cas où la formule française eût été jugée insuffisante en Belgique. Lorsque nos juges procèdent d'après une délégation des juges étrangers, il convient généralement d'adopter la formule qui est la seule probante dans le pays des plaideurs. Mais, en principe, nos tribunaux ne sauraient être astreints à recevoir toute espèce de serment : ce serait manquer à la dignité de la justice que de consacrer ainsi toute espèce de superstition, jusqu'au fétichisme le plus grossier. Dans une autre décision, du 29 octobre 1829, le tribunal de commerce de la Seine a adopté un moyen terme entre la formule française et celle dont on lui demandait l'emploi. Invité par le tribunal de commerce de Cologne à recevoir le serment de négociants israélites

more judaico (voy. n° 422), il a déclaré dans son jugement « que, s'il est dit (dans la commission rogatoire) que le ser- « ment sera prêté dans les formes prescrites par la religion « juive, ces formes ne peuvent s'entendre que de celles qui « sont susceptibles d'être pratiquées dans l'enceinte de « l'audience; par ces motifs, le tribunal ordonne que, con- « formément aux prescriptions de la loi juive, MM... prê- « teront le serment exigé d'eux, la main placée sur le Dé- « calogue, à l'usage de cette religion. » Le tribunal de Cologne s'est contenté du serment ainsi prêté.

936. Nous pensons aussi que, lorsqu'une recherche est repoussée comme scandaleuse par la loi française, on ne doit pas l'admettre, même à l'égard des étrangers. Par une conséquence naturelle de ce que nous avons décidé en matière de rétroactivité, la recherche de la paternité ne nous semble pas admissible en France contre ceux qui ne sont pas régnicoles, fût-elle autorisée par la loi de leur pays. A l'inverse, elle est admissible contre les étrangers, par cela seul qu'elle est autorisée par la loi du pays où la femme a été séduite. Il est vrai que l'article 196 du Code du canton de Vaud n'admet l'action en paternité d'une Vaudoise contre un étranger qu'autant que la recherche de la paternité serait admissible dans le pays auquel cet étranger appartient. Mais cette disposition n'est point l'application rigoureuse des principes de la matière, et l'on pourrait fort bien considérer les lois protectrices de l'honneur des femmes comme des lois de police et de sûreté, obligeant tous ceux qui habitent le territoire. (C. civ., art. 3.) Quoi qu'il en soit, de ce que le Code vaudois est plus favorable aux étrangers qu'aux nationaux, il ne s'ensuit pas que l'inverse doive être admis chez nous, et qu'une Française puisse, quand elle ne pourrait s'attaquer à un Français, déclarer avec effet un étranger comme l'auteur de sa grossesse, parce que la loi de l'étran-

ger autoriserait de pareilles réclamations [1]. L'esprit de notre législation, qui proscrit les recherches de cette nature, en les considérant, à tort ou à raison, comme aussi inutiles que scandaleuses, doit faire appliquer la règle d'une manière absolue. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens. (Rej., 25 mai 1868.) — Mais, si le jugement qui constate la paternité a été rendu en pays étranger, les tribunaux français sont parfaitement fondés à le déclarer exécutoire en France. (Pau, 17 janvier 1872. Voy. M. Demangeat sur Fœlix, tom. I, p. 432, note *a*.)

937. Enfin, en matière criminelle, la justice étant en général territoriale et non personnelle, les délits qui donneront lieu à des poursuites contre des étrangers, auront presque toujours été commis sur notre territoire, et les preuves seront en conséquence celles qui sont établies par la loi française. On ne conçoit guère l'application d'une loi étrangère, en pareille hypothèse, qu'en tant qu'il s'agirait d'une question préjudicielle, relative à des conventions passées en pays étranger. Il faut remarquer, au surplus, que soumettre à la loi pénale française pour la preuve, aussi bien que pour le reste de l'instruction, les étrangers qui commettent un délit sur le territoire, ce n'est qu'appliquer le principe général, suivant lequel la preuve est régie par la loi du pays où les faits se sont passés. Il n'en est plus de même au cas où il s'agit de délits commis en pays étranger, soit par un Français, soit par un étranger, lorsque la loi française (C. d'inst., art. 5-7, modifiés par la loi du 27 juin 1866) en autorise exceptionnellement la poursuite devant les tribunaux français. L'adage *Locus regit actum*, supposant une convention implicite, ne s'est jamais appliqué aux dé-

[1] La jurisprudence allemande présente beaucoup de diversité sur cette question délicate. (Voy. les jugements cités par M. de Savigny, tom. VIII, trad. franc., p. 276, note.)

lits. L'étranger qui attaque la sûreté ou la fortune de la France, et, dans tous les cas, le Français qui enfreint nos lois pénales en pays étranger, devaient connaître ces lois; dès lors ici, comme en ce qui concerne l'effet rétroactif, les juridictions criminelles ne sauraient appliquer d'autre législation que la loi actuellement en vigueur dans le pays où elles s'exercent.

938. Quelque respectables que soient le principe de la nationalité et celui de la non-rétroactivité des lois, puissent nos neveux voir se réaliser l'époque où, suivant les expressions de Cicéron (*De Republ.*), *non erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna, et immortalis, continebit!*

FIN.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND

SUITE DE LA DEUXIÈME PARTIE

Pages.

LIVRE DEUXIÈME. — Preuves préconstituées; — écrites. . . . 1
PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Acte authentique. . 9
1re Section. — En matière civile. 10
1re Division. — Des actes notariés. 11
1er Point. — Forme de ces actes. 20
§ 1. Conditions essentielles à leur validité intrinsèque. 22
§ 2. Effet de l'absence de ces conditions. 47
§ 3. Formes extrinsèques. 54
2e Point. — Foi des actes authentiques. 62
§ 1. Que prouvent ces actes. 63
§ 2. Foi des contre-lettres. 78
2e Division. — Foi des actes de l'état civil. 94
§ 1. Naissance et décès. 109
§ 2. Mariage. 116
§ 3. Filiation. 118
1° Légitime. 123
2° Naturelle. 134
2e Section. — En matière criminelle. 152
1re Division. — Procès-verbaux. 154
§ 1. Conditions essentielles pour leur validité. 159
§ 2. Foi qui y est attachée. 168
2e Division. — Emploi au criminel des actes authentiques ordinaires. 177
3e Section. — Inscription de faux. 183
1re Division. — Faux civil. 195
§ 1. Procédure à fin d'être admis à l'inscription. . . . 197
§ 2. Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens. 206
§ 3. Procédure tendant à la preuve du faux. 214
§ 4. Issue de la procédure. 225
2e Division. — Faux incident criminel. 232
DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Écritures privées. 238
1re Section. — Acte sous seing privé. 239
1re Division. — Foi de cet acte. 243
§ 1. Entre les parties. 244
§ 2. A l'égard des tiers. 275
2e Division. — Vérification des écritures. 293
§ 1. Procédure tendant à la reconnaissance de l'écrit. 296
§ 2. Vérification de l'écrit. 300
§ 3. Jugement définitif. 314
§ 4. Inscription de faux quant aux écrits privés. . . 318

2e Section. — Écritures non signées. 321
3e Section. — Tailles. 333
4e Section. — Foi des écrits privés au criminel. 337
Troisième mode de preuve préconstituée. — Livres des marchands. 345
1re Section. — Foi entre commerçants. 347
2e Section. — Foi vis-a-vis des particuliers. 352
Appendice. — Preuve de preuve littérale. 359
§ 1. — Actes récognitifs. 359
§ 2. — Copies. 369

TROISIÈME PARTIE

PRÉSOMPTIONS. 383
LIVRE PREMIER. — Présomptions simples. 388
1re Section. — En matière civile. 389
2e Section. — En matière criminelle. 395
§ 1. Admissibilité des indices. 395
§ 2. Leur classification. 403
§ 3. Leur discussion. 407
LIVRE DEUXIÈME. — Présomptions légales. 410
1re Section. — En matière civile. 412
2e Section. — En matière criminelle. 424
§ 1. Présomptions propres au droit pénal. 430
§ 2. Présomptions empruntées au droit commun. . . 435
3e Section. — Autorité de la chose jugée. 438
1re Division. — Au civil. 452
§ 1. Identité de la question. 456
1° Identité du droit. 456
2° Identité de l'objet. 460
3° Identité du titre. 467
§ 2. Identité des parties et des qualités. 475
2e Division. — Au criminel. 498
§ 1. Identité d'objet. 501
§ 2. Identité de cause. 503
§ 3. Identité de personne. 512
3e Division. — Influence respective du civil et du criminel. 517
§ 1. Du civil sur le criminel. 517
§ 2. Du criminel sur le civil. 521

QUATRIÈME PARTIE

EFFET RÉTROACTIF ET DROIT INTERNATIONAL. 544
1re Section. — Effet rétroactif. 548
2e Section. — Droit international. 555

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES